Unternehmenszusammenschlüsse

nach § 23 GWB und Art 66 MUV

Wendel Lübbing

1965

UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSE

nach § 23 GWB und Art 66 MUV

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Wendel Lübbing,

aus Hannover

Göttingen 1965

Berichterstatter : Professor Dr. G. Rinck

Mitberichterstatter : Professor Dr. G. Erler

Tag der mündlichen Prüfung : 16. Juli 1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Gliederung:

		Seite
1.	Einleitung.	1
1.1.	Aufbau des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.	1
1.2.	Entstehungsgeschichte des § 23 GWB.	4
1.3.	Änderungen des § 23 GWB.	6
2.	Zusammenschlüsse nach § 23 GWB.	7
2.1.	Allgemeine Bemerkungen.	7
2.1.1.	Der Begriff "Zusammenschluß" in § 23 GWB.	8
2.1.2.	Abschließende Aufzählung der Zusammenschlußtatbestände in § 23 GWB.	9
2.2.	Verschmelzungen mit anderen Unternehmen.	11
2.2.1.	Echte oder unechte Verschmelzung.	11
2.2.2.	Die Verschmelzungen nach dem Aktiengesetz.	12
2.2.2.1.	Die echten Verschmelzungen.	12
2.2.2.2.	Verschmelzungen mit Unternehmen im Besitz der öffentlichen Hand.	16
2.2.2.3.	Abschließende Aufzählung der Verschmelzungstatbestände im AktG.	17
2.2.3.	Die Verschmelzungen nach dem Genossenschaftsgesetz.	19
2.2.4.	Die Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz.	19
2.2.4.1.	Die Umwandlung durch Errichtung einer Gesellschaft.	20
2.2.4.2.	Die Umwandlung durch Verschmelzung mit einer Gesellschaft.	21
2.3.	Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen.	23
2.3.1.	Der Begriff des "Vermögenserwerbs" eines Unternehmens.	23
2.3.2.	Der Vermögenserwerb nach § 361 AktG.	25
2.3.3.	Der Vermögenserwerb im Konkursverfahren	26
2.3.4.	Sonstige Fälle des Vermögenserwerbs nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB.	28
2.4.	Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen.	29
2.4.1.	Der Erwerbsvorgang.	30
2.4.2.	Der Begriff der "Betriebsstätte".	31
2.5.	Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen.	36
2.5.1.	Allgemeine Bemerkungen.	36
2.5.2.	Der Betriebsüberlassungsvertrag.	38
2.5.2.1.	Vorbemerkung.	38
2.5.2.2.	Der eigentliche Betriebsüberlassungsvertrag	39

		Seite
2.5.2.3.	Der Pachtvertrag.	41
2.5.2.4.	Die Innenpacht.	42
2.5.2.5.	Der Gestions- oder Verwaltungsvertrag.	42
2.5.3.	Der Betriebsführungsvertrag.	43
2.5.3.1.	Vorbemerkung.	43
2.5.3.2.	Der eigentliche Betriebsführungsvertrag.	43
2.5.3.3.	Der Beherrschungsvertrag.	46
2.5.3.4.	Der Indienststellungs- oder Lohnverarbeitungsvertrag.	47
2.5.3.5.	Die Innenpacht.	48
2.5.3.6.	Der Organschaftsvertrag.	48
2.5.4.	Zusammenfassung.	50
2.6.	Erwerb von Anteilsrechten jeder Art an anderen Unternehmen.	51
2.6.1.	Die Bedeutung des Erwerbs von Anteilsrechten an anderen Unternehmen.	52
2.6.2.	Der Besitz von 25 % des stimmberechtigten Kapitals.	55
2.6.3.	Der Begriff des Anteilsrechts.	58
2.6.3.1.	Anteilsrechte bei den Kapitalgesellschaften.	58
2.6.3.2.	Anteilsrechte bei den Personalgesellschaften.	58
2.6.3.3.	Anteilsrechte beim Verein.	59
2.6.3.4.	Anteilsrechte bei der Genossenschaft.	59
2.6.3.5.	Anteilsrechte bei der stillen Gesellschaft.	60
2.6.3.6.	Anteilsrechte bei der Unterbeteiligung.	60
2.6.4.	Die Errechnung der 25 %.	61
2.6.4.1.	Die Errechnung bei Mehrstimmrechtsaktien.	61
2.6.4.2.	Die Errechnung bei Beschränkungen des Stimmrechts.	61
2.6.4.3.	Die Errechnung bei Vorzugsaktien.	63
2.6.4.4.	Die Errechnung bei Beschränkungen des Stimmrechts aus besonderen Gründen.	64
2.6.5.	Der Begriff des "Erwerbs" von Anteilen.	65
2.6.5.1.	Der Erwerb von Anteilen durch Pfandrechte.	65
2.6.5.2.	Die Übertragung des Stimmrechts.	67
2.6.5.3.	Der Erwerb von Anteilen durch Sicherungsübereignung und Treuhandabtretung.	69
2.6.5.4.	Der Erwerb von Anteilen durch Nießbrauchsbestellung an Anteilen.	71
2.6.5.5.	Ergebnis.	73
2.6.6.	Der Erwerb von Anteilen bei Neugründungen.	73
2.6.7.	Der Umfang der Meldepflicht.	74
2.6.8.	Der Erwerb von Anteilen durch Konzernunternehmen.	75

		Seite
2.6.9.	Die Meldepflicht der Banken.	75
2.6.9.1.	Das Depotstimmrecht der Banken.	75
2.6.9.2.	Eigener Anteilserwerb durch Banken.	78
2.6.9.3.	Anteilserwerb durch Gründungskonsortien.	79
2.6.9.4.	Anteilserwerb durch Kapitalanlagegesellschaften.	79
2.7.	Unternehmenserwerb durch Privatpersonen oder Unternehmer.	80
2.8.	Zusammenschlüsse innerhalb bestehender Zusammenschlüsse.	84
3.	Abgrenzung Kartell-Syndikat-Zusammenschluß.	86
3.1.	Allgemeine Bemerkungen.	86
3.2.	Das Kartell.	87
3.3.	Arten der Wettbewerbsbeschränkungen im GWB.	90
3.4.	Der Zusammenschluß.	91
3.5.	Das Syndikat.	93
3.6.	Ergebnis.	93
3.7.	Einzelfragen.	94
4.	Zusammenschlüsse nach dem Recht der Montanunion.	100
4.1.	Allgemeine Bemerkungen.	100
4.1.1.	Der Anwendungsbereich des Art 66 MUV.	100
4.1.2.	Die Genehmigungspflicht nach Art 66 MUV.	101
4.1.3.	Zusammenschlüsse ohne Genehmigung.	102
4.1.4.	Auskunftsrechte und Anzeigepflichten.	103
4.2.	Der Begriff des Zusammenschlusses nach Art. 66 MUV.	103
4.2.1.	Allgemeine Bemerkungen.	103
4.2.2.	Vorgehen im Sinne von Art 66 MUV.	104
4.2.3.	Nicht genehmigungspflichte Zusammenschlüsse.	106
4.2.4.	Der Zusammenschluß als unmittelbare und mittelbare Folge.	110
4.2.5.	Der Begriff "seiner Natur nach".	110
4.2.6.	Die am Zusammenschluß Beteiligten.	111
4.2.7.	Der Begriff der "Kontrolle".	114
4.2.8.	Genehmigungspflicht und Gemeinschaftsunternehmen.	118
4.2.9.	Zusammenschlüsse innerhalb bestehender Zusammenschlüsse.	121
4.3.	Die einzelnen Zusammenschlußtatbestände.	123
4.3.1.	Eigentum oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens eines Unternehmens (Art 1 Nr. 1 DVO)	123

Seite

4.3.2. Rechte oder Verträge, die Einfluß auf die Bestellung, die Entscheidungen oder Beschlüsse der Organe eines Unternehmens gewähren (Art. 1 Nr. 2 DVO). 127

4.3.3. Rechte oder Verträge, auf Grund deren eine Person, allein oder zusammen mit anderen, die Geschäfte eines Unternehmens führen kann (Art. 1 Nr. 3 DVO). 134

4.3.4. Verträge mit einem Unternehmen über die Bildung oder Verwendung seines Gewinns (Art. 1 Nr. 4 DVO). 135

4.3.5. Verträge mit einem Unternehmen über die Gesamtheit oder einen erheblichen Teil seines Bedarfs oder Absatzes seiner Erzeugnisse, soweit diese Verträge nach Menge oder Laufzeit das Maß der handelsüblichen Beschaffungs- oder Absatzverträge überschreiten (Art 1 Nr. 5 DVO) 138

5. Das Verhältnis des § 23 GWB zu Art 66 MUV. 140

Anhang. 145

Literaturverzeichnis :

Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht. Niederlassungsfreiheit und Rechtsangleichung. Europarechtliches Kolloquium 1964, Stuttgart 1965 - Heft 29 der Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.

Ballerstedt — Unternehmen und Wirtschaftsverfassung in JZ 1951, S. 486 ff

Ballerstedt — Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft in DB 1956, 813 ff, 837 ff

Baumbach-Duden — Handelsgesetzbuch, 16. Auflage, München und Berlin 1964

Baumbach-Hefermehl — Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, München und Berlin 1960

Baumbach-Hueck — Aktiengesetz, 12. Auflage, München und Berlin 1965

Baumbach-Hueck — Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 11. Auflage, München und Berlin 1964

Bayer — Das Privatrecht der Montanunion in ZaiPR 1952, 325 ff

Beine — Die Reform des Depotstimmrechts unter besonderer Berücksichtigung der Kostenfrage in AG 1959, 179 ff

Benisch — Fusionswelle in Großbritannien in WuW 1960, 505 ff

Benisch — Zusammenschlüsse und Kartellaufsichtsmaßnahmen in der Montanunion in WuW 1959, 648 ff

Berndsen — Wem gehören die deutschen Aktien ? in AG 1962,213 ff

BGB-RGRK — Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 3. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1963

Bich — Die Gelegenheitsgesellschaft, ihre Rechtsgrundsätze und ihre Besteuerung, Wiesbaden 1957

Bing — Anmerkung zum Beschluß des KG vom 24.7.1931 in NJW 1932, 757

Biermann — Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Auflage, 3. Buch, Sachenrecht, Berlin 1914

Blümich-Boyens-Steinbring-Klein — Gewerbesteuergesetz, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1961

Böttcher-Meilicke — Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Auflage, Berlin und Frankfurt 1958

Boesebeck — Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaft in DB 1955, 401 ff

Boggis — Die Überwachung der marktbeherrschenden Unternehmen in Großbritannien in WuW 1962, 803 ff

Brodmann — Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928
Brodmann — Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1930
Bühler — Weist unser Steuersystem konzentrationsfördernde Steuerprivilegien auf ? in AG 1959, 64 ff
Bühler — Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1956
Bühring — Grundsätze der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen in BB 1954, 482 ff
Das industrielle Bundesvermögen im Jahre 1962/1963, Köln 1964
Butz — Der Begriff "Betrieb" im Arbeitsrecht und Betriebsverfassungsrecht in DB 1952, 250 ff
Dahm — Völkerrecht, 2. Band, Stuttgart 1960
Deringer — Unterliegen Exportkartelle der Montanindustrie den Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 2 und 12 GWB ? in WuW 1963, 1003 ff
Deringer-Nicolaysen-Rabe — Europäisches Gemeinschaftsrecht, Berichte aus der wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht in NJW 1965, 477 ff
Dietz — Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage, München und Berlin 1960
Duden — Aktienrechtliche Fragen zur Organschaft mit einem Großaktionär in BB 1957, 49 ff
Ehrenberg — Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, 3. Abteilung, Leipzig 1929
Eucken — Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, Tübingen und Zürich 1955
Fikentscher — Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung in WuW 1960, 680 ff
Fikentscher — Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10.1959 (Glasglühkörper) in WuW/E BGH 366 ff
Fitting-Kraegeloh-Auffarth — Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage, Berlin und Frankfurt 1962
Flume — Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht in DB 1956, 672 ff
Flume — Nochmals zur Organschaft im Körperschaftssteuerrecht in DB 1956, 672 ff
Flume — Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Schriftenreihe Handelsblatt, Düsseldorf 1958
Förtsch — Wer ist zur Ausübung des Stimmrechts auf Grund verpfändeter Aktien berechtigt ? in DasR 1903, 561 f

Frankfurter Kommentar — Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Kaufmann, Rautmann u. a., Loseblattausgabe ab 1958

Frentzel-Jäkel — Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammer, Kommentar, 2. Auflage, Köln 1961

Friedlaender — Konzernrecht, Das Recht der Unternehmenszusammenfassung, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927

Friedlaender — Konzernrecht, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt 1954

Friedlaender — Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung, Berlin 1921

Friedlaender — Rechtsformen der Konzernbildung in JW 1923, 210 ff

Galperin-Siebert — Kommentar zum Betriebsverfassungsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 1963

Gandenberger — Was ist ein Unternehmen ? Volkswirtschaftliche Überlegungen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg 1963

Geiler — Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, 2. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1922

Geiler — Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz in JW 1937, 497 ff

Geiler-Stehlik-Veith — D-Markbilanzgesetz, München und Berlin 1950

Gemeinschaftskommentar — Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, herausgegeben von Müller-Henneberg und Schwartz,
1. Auflage, Köln, Berlin 1958
2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1963

10. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft - 1. Februar 1961 bis 31. Januar 1962 - Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Hohe Behörde, Luxemburg 1962

11. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft - 1. Februar 1962 bis 31. Januar 1963 - Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Hohe Behörde, Luxemburg 1963

12. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft - 1. Februar 1963 bis 31. Januar 1964 - Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Höhe Behörde, Luxemburg 1964

Gessler — Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften in BB 1956, 1175 ff

Gessler — Das neue Aktienrecht, in BB 1965, 677 ff

J. von Gierke — Das Handelsunternehmen in ZHR 111, 1 ff

J. von Gierke — Handels- und Schiffahrtsrecht, 7. Auflage, Berlin 1955

O. Gierke	Deutsches Privatrecht, 2. Band, Sachenrecht, Leipzig 1905
Gieseke	Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens in Festschrift für E. Heymann, Band 2, Recht der Gegenwart, Weimar 1940
von Godin	Kartellrechtliche Behandlung von Verträgen über gewerbliche Schutzrechte in BB 1958, 64 ff
von Bodin-Wilhelmi	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2. Auflage, Berlin 1950
Goldmann	Zur Auslegung des § 23 GWB in WuW 1963, 379 ff
Grochla	Unternehmung und Betrieb in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band 10, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959
Groeben-Goeckh	Handbuch für Europäische Wirtschaft, Loseblattausgabe in laufender Folge, Baden-Baden-Frankfurt
Großkommentar zum AktG	neu bearbeitet von Barz, Fischer, Klug u. a., 2. Auflage 1. Band, Berlin 1961 2. Band, Dritte Lieferung, Berlin 1962
Günther	Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf Unternehmen in WuW 1957, 677 ff
Günther	Die Problematik einer völkerrechtlichen Regelung internationaler Wettbewerbsbeschränkungen in Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band II, Karlsruhe 1961, 551 ff
Haberkorn	Zum Kartellbegriff des § 1 GWB in GRUR 1960, 367 ff
Haberkorn	Abgrenzung von Konzern und Kartell unter besonderer Berücksichtigung der Artikel 65 und 66 des Montanunionsvertrages in WRP 1961, 180 ff
Haberkorn	Der Begriff des Unternehmenszusammenschlusses nach Art 66 Montanvertrag in NJW 1962, 429 f
Haberkorn	Möglichkeiten von Unternehmenszusammenschlüssen, insbesondere von Konzern- und Kartellbildungen in der westdeutschen Montanindustrie seit 1945, Dissertation Münster 1958, Münster 1959
Hachenburg	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Auflage, 1. Band, Berlin 1956
Hacker	Der Nießbrauch an Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten, Berlin 1906
Hamburger	Das Verhältnis der Kartell-, der Monopol- und der Zusammenschlußbestimmungen des Montanvertrages zueinander in Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band I, Karlsruhe 1961

Hartmann	Zur Problematik einer gesetzlichen Beschränkung von Unternehmenskonzentrationen, Köln-Berlin-Bonn-München 1963
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1952
Haussmann	Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, 1. Teil, Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1926 2. Teil, Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, München, Berlin, Leipzig 1932
Heck	Sachenrecht, Tübingen 1930
Hefermehl	Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften in DB 1955, 304 ff
Heinerici	Die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung in DR 1943, 785 f
Hermann	Unternehmenskonzentration bei den Ländern in Die Konzentration in der Wirtschaft, S. 551 ff
Herold	Das Depotstimmrecht der Banken in Festschrift für H. Lehmann, 2. Band, Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956, 563 ff
Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen 1953
Hueck	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10. 11. 1951 in JZ 1952, 115 f
Hueck	Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, München und Berlin 1958
Hueck	Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge in DB 1959, 223 ff
Hug	Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen des Montanvertrages und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft auf in Nichtmitgliedstaaten veranlaßte Beschränkungen des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt in Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band II, S. 603 ff
Janberg	Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht in DB 1953, 77 ff
Jerusalem	Das Recht der Montanunion, Berlin und Frankfurt 1954
Kartte	Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen in WUW 1963, 565 ff
Kern	Das Recht der Zusammenschlüsse in der Montanindustrie, Berlin und Frankfurt 1955
Klug	Volkskapitalismus durch Eigentumsstreuung, Illusion oder Wirklichkeit ? Stuttgart 1962
Koberstein	Unternehmenszusammenschlüsse, Essen 1955
Korn-Dietz	Doppelbesteuerung, Loseblattausgabe, München und Berlin, Stand 1. März 1964

Konzentrationsbericht	Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 5.6.1964 - BT-Drucksache IV/2320
Krause	Kaufmannrecht und Unternehmensrecht in ZfHK 105, 116ff
Krawielicki	Das Monopolverbot im Schumanplan, Tübingen 1952
Kronstein	Die abhängige juristische Person, München, Berlin und Leipzig 1931
Kronstein	Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages und der Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft in Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, Karlsruhe 1961, 115 ff
Kummer	Verschmelzung eingetragener Vereine ohne Abwicklung in DR 1942, 317 ff
Landmann-Rohmer	Kommentar zur Gewerbeordnung, 1. Band, 11. Auflage, München und Berlin 1956
Lange	Die Preisordnung der Montangemeinschaft im Vergleich mit amerikanischem Antitrustrecht in der Reihe Studien zum Europäischen Wirtschaftsrecht, Band 6
Langen	Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, Berlin-Darmstadt 1958
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 6. Auflage, München und Berlin 1964
Lehmann, H.	Allgemeiner Teil des BGB, 13. Auflage, Berlin 1962
Lehmann, H.	Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1959
Lehmann, K.	Das Recht der Aktiengesellschaft, 2. Band, Berlin 1904
Lehnich	Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln-Berlin 1956
Lehnich	Kartelle und Staat, Berlin 1928
Lenel	Ursachen der Konzentration, Tübingen 1962
Liefmann	Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, 4. Auflage, Jena 1923
Liefmann	Kartelle, Konzerne und Trusts, 8. Auflage, Stuttgart 1930
Lietzmann	Wettbewerbsregeln des Montanvertrages und nationales Kartellrecht in WuW 1957, 642 ff
Linhardt	Wider das Depotstimmrecht der Banken in AG 1958, 169 ff
Matthies	Die rechtliche Erfassung von Zusammenschlußvorgängen in WuW 1962, 328 ff
Matthies	Das Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten in JZ 1954, 305 ff
Mauer	Gläubigerschutz bei Umwandlungen von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften in BB 1960, 119 ff

Mayer-Wegelin	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1962
Meldungen über Unternehmenszusammenschlüsse in WuW 1959, 194 ff	
Merz	Über die Schranken der Kartellbildung, Bern 1953
Mestmäcker	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
Möhring	Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art notwendig ? in DRiZ 1957, 203 ff
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 3, Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1888	
Müllensiefen-Dörinkel	Kartellrecht, 3. Auflage, Berlin 1938
Müllensiefen	Kartelle als Produktionsförderer, Berlin 1926
Müller-Gries	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1958
Münch	Die Abgrenzung des Rechtsbereichs der supranationalen Gemeinschaft gegen dem innerstaatlichen Recht;Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Karlsruhe 1958, Heft 2
Müthling	Gewerbesteuergesetz, München und Berlin 1954
Naegeli	Die Doppelgesellschaft, 1. Band, Zürich-Berlin 1936
Ophüls	Das Wirtschaftsrecht des Schumanplans in NJW 1951, 381 ff
Ophüls	Juristische Grundgedanken des Schumanplans in NJW 1951 289 ff
Ophüls	Schumanplan, Ruhrabkommen und Besatzungsrecht in NJW 1952, 161 ff
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Auflage, München und Berlin 1964
Pella	Die Gemeinschaft für Kohle und Stahl als Musterbeispiel einer Integration in Europäische Integration, Göttingen 1958, 125 ff
Peters	Die Ausübung des Stimmrechts bei nutznießungsbelasteten Aktien, Mainz 1952
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band, 1. Hälfte, Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1933
Pleyer	Die Eingliederung der Deutschen Edelstahlwerke AG in die August-Thyssen-Hütte AG in AG 1959, 177 ff
Plückebaum-Malitzky	Umsatzsteuergesetz, Band 1, 8. Auflage, Berlin-Köln 1958
Prölss	Versicherungsaufsichtsgesetz und Nebengesetze, 4. Auflage, München und Berlin 1963
Rabe	Europäisches Gemeinschaftsrecht, Berichte aus der wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht in NJW 1964, 1608 ff

Rasch	Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, Berne-Berlin 1958
Rasch	Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen ? in WuW 1961, 79 ff
Rasch	Deutsches Konzernrecht, 2. Auflage, Köln-Berlin 1955
Rasch	Die Interessengemeinschaft in kartellrechtlicher Sicht in WuW 1962, 233 ff
Redlich	Unternehmer in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band 10, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959
Rinck	Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
Rinck	Konzernrecht in Juristenjahrbuch 1964/65, 121 ff
Ritter	Aktiengesetz, 2. Auflage, Berlin und München 1939
Rittner	Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in DB 1957, 1091 ff
Rosendorff	Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin 1927
Sannwald/Stohler	Wirtschaftliche Integration, Theoretische Voraussetzungen und Folgen eines Europäischen Zusammenschlußes, 2. Auflage, Basel, Tübingen 1961, Band 8, Reihe B der Veröffentlichungen der List Gesellschaft
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, erläutert von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, 4. Auflage, 2. Band, Berlin und Frankfurt 1963
Schlegelberger-Quassowski	Aktiengesetz, 2. Auflage, Berlin 1937
Schlochauer	Der übernationale Charakter der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl in JZ 1951, 289 ff
Schmidt	Konzernrechtliche Kodifikation in NJW 1957, 1337 f
Schmidt	Vergleichende Darstellung und Verhältnis des Rechts der Unternehmenszusammenschlüsse und der marktbeherrschenden Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland, der Montanunion und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Dissertation Köln 1959
Schmidt-Rimpler	Besprechung von Peters, Die Ausübung des Stimmrechts bei nutznießungsbelasteten Aktien in NJW 1953, 1503
Scholz-Fischer-Klein	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage, Köln 1962
Schwartz	Deutsches Internationales Kartellrecht, Der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter vergleichender Heranziehung des amerikanischen Antitrustrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1962
Sichtermann	Bankgeheimnis und Bankauskunft, Frankfurt 1957
Sichtermann	Das Bankgeheimnis, 3. Auflage, Stuttgart 1958, Nr. 3 der Sparkassenhefte

Siebert	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis Marburg 1933
von Simson	Kartelle und Zusammenschlüsse in der Montanunion in WuW 1955, 401 ff
Sölch-Ringleb	Umsatzsteuergesetz, 7. Auflage, München und Berlin 1963
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch 1. Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Stuttgart 1959 2. Band, Schuldrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1962 3. Band, Sachenrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1960
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, 2. Band, Berlin und Leipzig 1933
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage 1. Band, Berlin 1957, 2. Band, 4. Teil, Berlin 1958
Steindorff	Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht in Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band I, Karlsruhe 1961, 157 ff
Teichmann-Koehler	Aktiengesetz, 3. Auflage, Heidelberg 1950
Tetzner	Kartellrecht, München und Berlin 1965
Thiesing	Zusammenschlüsse von Unternehmen nach dem Montanvertrag in BB 1954, 449 ff
Vallenthin	Die Ausübung von Aktionärsstimmrechten durch Banken in AG 1958, 204 ff
Vallenthin	Die Stimmrechtsausübung durch Banken (sogenanntes Depotstimmrecht) in AG 1959, 149 ff
Verhandlungen des 42.	Deutschen Juristentages, Düsseldorf 1957, Band 2, Tübingen 1959
Vogel	GmbH-Gesetz, Berlin und Frankfurt 1950
Weider	Der Nießbrauch an Aktien, Leipzig 1925
Walter	Der Staat als Kunde, Band 10 der Veröffentlichungen des Forschungsinstitutes für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Heidelberg 1960
Wirckau	Unternehmenszusammenschluss und Umsatzsteuer in StuW 1934, Teil I, Spalte 698 ff
Würdinger	Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung in WuW 1961, 745 ff
Würdinger	Aktienrecht, Karlsruhe 1959
Würdinger	Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes in DB 1958, 1447 ff
Würdinger	Zum Auskunftsrecht der Organe der EGKS und der EWG gegenüber privaten Unternehmen in WuW 1964, 579
Zöllner	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privaten Personenverbänden, Band 15 der Reihe: Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, München und Berlin 1963

Abkürzungsverzeichnis:

AG	"Die Aktiengesellschaft", Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AO	Reichsabgabeordnung vom 22.5.1931 - RGBl 1931 I, 161
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung
DB	Der Betrieb
DasR	Das Recht (Zeitschrift)
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
EGKS	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18.4.1951
Fn	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957
HdS	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
MUV	Montanunionsvertrag, siehe EGKS
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtliche Sammlung
RuPrVerwBl	Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt
Sp	Spalte

StuW	Steuer und Wirtschaft
UStG	Umsatzsteuergesetz
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen vom 6.6.1931 in RGBl 1931 I, 315 ff
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb
ZaiPR	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZfHK	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

1. Einleitung.

1.1. Aufbau des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Am 1. Januar 1958 trat in der Bundesrepublik Deutschland das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1) in Kraft.

Dieses Gesetz stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll (2) die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnende Tendenz zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.

Aus dieser Zielsetzung des Gesetzes folgt bereits, daß es sich keineswegs um ein reines Kartellgesetz handelt. Der Gesetzgeber hat daher auch in der Überschrift des Gesetzes die Bezeichnung 'Kartellgesetz' vermieden und die wesentlich umfassendere Bezeichnung 'Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen' gewählt. Er hat damit der Tatsache Rechnung getragen, daß die Freiheit des Wettbewerbs, so wie sie ihm als Idealzustand vorschwebte, nicht allein von Kartellen bedroht wird, sondern mannigfache andere Gefahren dieser Grundlage einer freien Marktwirtschaft drohen.

Im ersten Teil des Gesetzes, der die verschiedenen Formen der Wettbewerbsbeschränkungen behandelt, unterscheidet das Gesetz daher Kartellverträge und Kartellbeschlüsse im ersten Abschnitt, sonstige Verträge im zweiten Abschnitt, marktbeherrschende Unternehmen im dritten Abschnitt, wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten im vierten Abschnitt und schließlich Wettbewerbsregeln im fünften Abschnitt.

Gleichwohl nehmen die Vorschriften über Kartelle im GWB den weitaus größten Raum ein. Ihre Stellung am Anfang des Gesetzes zeigt auch, daß der Gesetzgeber ihnen eine besondere Bedeutung beimißt. Nach § 1 GWB sind Kartelle Verträge zwischen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu einem gemeinsamen Zweck und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen, die den Wettbewerb beschränken und die Marktverhältnisse beeinflussen können. Derartige Verträge und Beschlüsse sind grundsätzlich unwirksam. Wer sich vorsätzlich über die Unwirksamkeit eines derartigen Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, begeht eine Ordnungswidrigkeit (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB) und kann mit einer Geldbuße bis zu 100.000,- Deutsche Mark und darüber hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erzielten Mehrerlöses belegt werden.

---

(1) im folgenden GWB abgekürzt

(2) so die Begründung zum Entwurf des Gesetzes, abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1057

Kartelle sind also grundsätzlich unzulässig, Ausgangspunkt des GWB ist das Verbotsprinzip. Wenn dies auch grundsätzlich gilt, so findet sich jedoch in den Vorschriften der §§ 2 bis 8 GWB ein so umfangreicher Katalog von Ausnahmen zu dem grundsätzlichen Verbot des § 1 GWB, daß man von einem rein durchgeführten Verbotsprinzip im GWB nicht mehr sprechen kann. Ergänzt werden die zahlreichen Ausnahmen durch eine Mibrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde gemäß § 12 GWB.

Die im zweiten Abschnitt des Gesetzes behandelten Verträge sind insbesondere Preisbindungsverträge (§§ 15 bis 17 GWB), Ausschließlichkeitsverträge (§§ 18, 19 GWB) und Lizenzverträge (§§ 20, 21 GWB), die ebenfalls zu einer Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit führen können. Auch hier findet sich ein grundsätzliches Verbot, das jedoch ebenfalls durch umfangreiche Ausnahmen eingeschränkt ist.

Das GWB macht also zum Ausgangspunkt seiner Systematik den Grundsatz des generellen Kartellverbots und normiert nicht etwa nur die Ermächtigung zu behördlichen oder gerichtlichen Maßnahmen gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht durch an sich erlaubte Kartelle. Es mußte sich daher der Konsequenzen bewußt werden, die sich daraus ergeben, daß Unternehmen durch völlige Vereinigung oder gegenseitige Durchdringung im Wege der Konzernbildung ungleich größere Beeinflussungen des Marktgeschehens bewirken können, ohne gegen das Kartellverbot zu verstoßen. Auch ist zu beachten, daß die Wirtschaft dort, wo die Voraussetzungen dazu gegeben sind, den Ausweg in die Konzentration suchen wird, wenn es ihr unmöglich gemacht wird, in loserer Form zusammenzuarbeiten (1). Ein reines Kartellgesetz wäre nicht in der Lage, diesen Erscheinungen des Wirtschaftsgeschehens zu begegnen.

Andererseits ist es offensichtlich, daß die industrielle Entwicklung zur weiteren Arbeitsteilung und zum Großbetrieb tendiert (2). Diese Entwicklung ist nicht nur in der Bundesrepublik (3) sondern in der Wirtschaft der gesamten Welt zu beobachten (4). Die Gründe dafür sind der verschiedensten Art (5). Vor allem

---

(1) Möhring in DRiZ 1957, 204

(2) Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1955, S. 232

(3) dazu Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft - Konzentrationsbericht - vom 5. 6. 1964, BT-Drucksache IV/2320, S. 12 ff, 49

(4) für die USA s. Bericht der Federal Trade Commission vom 18. 2. 1957, abgedr. in WuW 1957, 650; für Großbritannien s. Boggis in WuW 1962, 813 u. Benisch in WuW 1960, 505 ff m. zahlr. Beisp.; ebenso Meldungen über Unternehmenszusammenschlüsse in WuW 1959, 194 ff betr. Europa, Amerika, Asien

(5) zum Folgenden s. auch Konzentrationsbericht, BT-Drucksache IV/2320, S. 24 ff u. d. Stellungnahme der Bundesregierung zum Konzentrationsbericht, a. a. O., S. 89 f

die Entwicklung des technischen Wissens, die zu immer größeren und teureren Arbeitsmaschinen führt, wirkt dadurch konzentrationsfördernd, daß sie die optimale Betriebsgröße wachsen läßt (1). Hinzu kommt die Entwicklung der Verkehrstechnik und das langsame Fallen der Zollschranken, die beide die Märkte schaffen, die der Großbetrieb für den Absatz seiner Produkte benötigt (2). Gründe der Rationalisierung und Arbeitsteilung veranlassen kleinere Unternehmen sich zusammenzuschließen, da diese erst in einer bestimmten Betriebsgröße optimal verwirklicht werden können (3). Insbesondere vertikale Zusammenschlüsse dienen der Sicherung und Verbilligung des Rohstoffbezuges, des Transportes und des Absatzes, wobei in Deutschland noch steuerliche Vorteile mancher Art, wie insbesondere die Organschaft und das Schachtelprivileg konzentrationsfördernd wirken (4). Daneben steht das Motiv der Risikomischung, das aus konkunkturellen und strukturellen Gründen der Absatzsicherung die industrielle Mischfertigung unerläßlich macht und zu Zusammenschlüssen der verschiedensten Produzenten führt (5). Daß daneben auch das persönliche Prestigebedürfnis Ursache einer Konzentration sein kann, sei nur am Rande vermerkt.

Insgesamt jedoch kann nicht übersehen werden, daß die Warenerzeugung in industrieller Großproduktion und in der vertikalen Verbindung mehrerer Produktionsstufen im allgemeinen preissenkend wirkt und damit den Verbraucher begünstigt.

Ein gesetzliches Verbot, daß, ebenso wie die Kartellbildung auch diese Entwicklung zur optimalen Betriebsgröße gänzlich unterbinden würde, wäre daher nicht zu rechtfertigen und hätte unter Umständen erhebliche nachteilige Folgen für die gesamte Volkswirtschaft (6). Das gilt in besonderem Maße für die stark vom Export und damit ihrer Konkurrenzfähigkeit auf den Weltmärkten abhängigen deutschen Wirtschaft.

Diese Überlegungen haben dazu geführt, Großunternehmen und rechtsgeschäftliche Zusammenschlüsse einer von der gesetzlichen Behandlung der Kartelle im GWB erheblich abweichenden Regelung zu unterwerfen. Während Kartelle grundsätzlich verboten sind, läßt das Gesetz im dritten Abschnitt des GWB den Bestand und die Bildung von Großunternehmen völlig unberührt. Marktbeherrschende Unternehmen werden lediglich einer Mißbrauchsaufsicht und Zusammenschlüsse von Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen einer Meldepflicht unterstellt. Dabei werden aber an die Meldung eines derartigen Zusammenschlusses keinerlei weitere Folgen geknüpft.

---

(1) Lenel, Ursachen der Konzentration, 1962, S. 21, 31

(2) Lenel, a. a. O., S. 28 f

(3) Würdinger, Aktienrecht, S. 188

(4) dazu Bühler, Weist unser Steuersystem konzentrationsfördernde Steuerprivilegien auf ? in AG 1959, 64 ff u. Konzentrationsbericht, a. a. O., S. 52 ff

(5) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 23

(6) so auch Pohle in Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1957, F 45

Ergänzt werden die drei ersten Abschnitte des GWB durch Vorschriften über wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten im vierten Abschnitt und durch Vorschriften über Wettbewerbsregeln im fünften Abschnitt.

Gegenstand des ersten Teils dieser Arbeit sind die Zusammenschlüsse, die gemäß § 23 GWB einer Meldepflicht unterliegen. An Hand des in § 23 Abs. 2 GWB aufgeführten Katalogs von fünf Gruppen von Zusammenschlußarten soll untersucht werden, welche in der Praxis des Wirtschaftsgeschehens vorkommenden Konzentrationsvorgänge als Zusammenschlüsse im Sinne dieser Vorschrift zu betrachten sind und damit, soweit die weiteren hier nicht zu untersuchenden Voraussetzungen gegeben sind, der Meldepflicht unterliegen.

1.2. Entstehungsgeschichte des § 23 GWB.

Die bisherigen Ausführungen zeigen bereits, welche Bedeutung der Vorschrift des § 23 GWB im Gesamtaufbau des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zukommt. Es dürfte aber auch bereits deutlich geworden sein, welch' große Bedeutung die Konzentrationsvorgänge für die Volkswirtschaft haben. Auf der einen Seite stehen die Ziele der sozialen Marktwirtschaft, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen und eine für die Gesamtwirtschaft ungesunde Machtkonzentration so weit als möglich zu unterbinden, auf der anderen Seite das Erfordernis einer bestimmten Unternehmensgröße, um die Vorteile der Großproduktion ausnutzen und die gewaltigen Kapitalien für Forschung und Entwicklung aufbringen zu können.

Der Gesetzgeber hat diesen Widerstreit der Interessen bei der Gesetzesabfassung erkannt und sich daher zu einer recht vorsichtigen Regelung entschlossen, um, wie aus dem Bericht des Abgeordneten Illerhaus zu den Änderungsvorschlägen des Ausschusses für Wirtschaftspolitik hervorgeht (1), "zunächst auf diesem schwierigen Gebiet volle Übersicht zu gewinnen" (2). Daher sollte auch nicht der Zusammenschluß als solcher vom Gesetz verboten werden, der Kartellbehörde sollte aber durch die Meldepflicht ein Überblick über die erfolgten Konzentrationsvorgänge ermöglicht werden, damit sie unter Umständen, gestützt auf § 22 GWB, volkswirtschaftlich unerwünschten Tatbeständen begegnen kann, die sich aus einem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht ergeben.

Aus diesen Erwägungen heraus hat der Ausschuß für Wirtschaftspolitik eine wesentliche Änderung an dem ursprünglichen Regierungsentwurf vorgenommen.

---

(1) abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1189 (1190)

(2) ebenso noch Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - BT-Drucksache IV/2564, S. 9, 10; dazu noch später

Dieser hatte nämlich in seinem damaligen § 18 (1), der heute dem § 23 entspricht, eine grundsätzliche Erlaubnisbedürftigkeit für eine Reihe von Zusammenschlußtatbeständen von zwei oder mehreren Unternehmen normiert, sofern durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung für das entstehende Unternehmen auf einem nicht nur örtlich begrenzten Gebiet für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen entstehen würde. Sofern die marktbeherrschende Stellung für das Bundesgebiet festgestellt würde, sollte die Erlaubnis grundsätzlich versagt werden. Gleiches sollte für Unternehmenszusammenschlüsse gelten, bei denen bereits eines der beteiligten Unternehmen eine derartige marktbeherrschende Stellung innehätte.

Diese sehr weitgehende Fassung stieß bereits im Bundesrat auf Bedenken. Dieser schlug daher im Rahmen seiner Änderungsvorschlage vor (2), das grundsätzliche Verbot dahingehend abzumildern, daß dann, wenn durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung im Geltungsbereich des Gesetzes entstehen würde, die Erlaubnis erteilt werden dürfe, wenn der Zusammenschluß nachweislich der Erfüllung volkswirtschaftlich wichtiger Aufgaben dient, die ohne den Zusammenschluß nicht erfüllbar sind. Die Erlaubnis sollte in diesem Fall aber auch dann versagt werden, wenn die privatwirtschaftlichen Interessen an dem Zusammenschluß in einem Mißverhältnis zu den volkswirtschaftlichen Aufgaben stehen.

Wenn der wirtschaftspolitische Ausschuß noch über diesen Vorschlag hinausgegangen ist und das ursprünglich geplante Verbot völlig gestrichen hat, lediglich also eine Meldepflicht hat bestehen lassen, die an der grundsätzlichen Zulässigkeit und Wirksamkeit eines erfolgten Zusammenschlusses nichts ändert, so zeigt das bereits, mit welcher Vorsicht an diese schwierige Materie bei der Gesetzesarbeit herangegangen wurde.

Der Ausschuß begründet seine Änderungen selbst damit, daß er nach reiflicher Überlegung zu dem Ergebnis gekommen sei, daß die Einführung einer solchen Erlaubnispflicht möglicherweise die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerte Tendenz zur optimalen Betriebsgröße an ihrer vollen Entfaltung hindern könnte (3).

Sehr bedeutsame Änderungen hat der Ausschuß auch an den im Regierungsentwurf unter § 19 aufgeführten Zusammenschlußtatbeständen vorgenommen, so daß der dort ursprünglich aufgeführte Katalog im Gegensatz zum Regierungsentwurf wesentlich enger gefaßt wurde. Nachdem diese Änderungen bei der abschließenden Gesetzesfassung berücksichtigt wurden, fehlen in dem jetzigen § 23 GWB gegenüber dem § 19 RegEntw. als wichtigste Tatbestände

---

(1) abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1043

(2) abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1129 (1136 f)

(3) Bericht des Abgeordneten Illerhaus, abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1190

der Abschluß von Gewinngemeinschaftsverträgen mit anderen Unternehmen und Rechtsgeschäfte, durch die Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens Mitglieder der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens werden.

Im Verlauf der weiteren Arbeit wird noch darauf zurückzukommen sein, welche Schlüsse aus dieser engeren Fassung des § 23 GWB zu ziehen sind, insbesondere, welche Folgen sich aus der teilweise erheblich anderen Fassung der übrigen Tatbestände des § 19 RegEntw. im § 23 GWB ergeben.

Betont werden muß jedoch, daß der Gesetzgeber diese Fassung des § 23 GWB nur als Übergangslösung betrachtet hat (1), da er zunächst beobachten wollte, wie sich die Wirtschaft unter dem Einfluß des GWB entwickeln würde, um dann eventuell eine völlig neue Regelung der Konzentrationsvorgänge in der Wirtschaft vorzunehmen (2).

Zu diesem Zweck wurde das Gesetz über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 31. Dezember 1960 verkündet (3), das dem Gesetzgeber die nötigen Unterlagen für eine möglicherweise erforderliche Änderung des § 23 GWB geben soll. Das Ergebnis dieser Untersuchung liegt inzwischen vor (4) und zeigt als wesentlichsten Punkt, daß sich der Konzentrationsgrad in der westdeutschen Wirtschaft von 1954 bis 1960 erhöht hat (5).

1.3. Änderungen des § 23 GWB.

Schon vor der Veröffentlichung des Konzentrationsberichts hatte die Bundesregierung dem Bundestag einen Bericht über ihre Absichten hinsichtlich einer Änderung des Gesetztes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erstattet (6). Nachdem dieser Bericht im Wirtschaftsausschuß und im Ausschuß für Mittelstandsfragen beraten und inzwischen auch der Konzentrationsbericht veröffentlicht worden war, legte die Bundesregierung dem Bundestag am 18. September 1964 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vor (7). Dieses Gesetz wurde am 15. 9. 1965 (8) verkündet.

---

(1) so auch Goldmann, Zur Auslegung des § 23 GWB in WuW 1963, 379

(2) daran hat sich auch nach der Neufassung des § 23 im Jahre 1965 nichts geändert - s. Begr. d. Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GWB - BT-Drucksache IV/2564, S. 9 - dazu Kap. 1. 3.

(3) abgedr. in WuW 1961, 706 ff u. BGBl. 1961 I, 9 f

(4) s. Konzentrationsbericht - BT-Drucksache IV/2320

(5) Konzentrationsbericht, S. 12, 49

(6) BT-Drucksache IV/617

(7) BT-Drucksache IV/2564

(8) BGBl. 1965 I, 1363

Wenn die in diesem Gesetz vorgenommenen Änderungen auch § 23 GWB betreffen, so bleibt diese Vorschrift doch auch nach ihrer Neufassung im Prinzip unverändert. Die Bundesregierung begründet das damit, daß auf Grund der bisherigen Erfahrungen mit § 23 GWB und auch an Hand der Ergebnisse des Konzentrationsberichtes bisher eine sichere, begründete Aussage darüber nicht gemacht werden könne, welche Rolle in der Bundesrepublik marktbeherrschende Macht tatsächlich spielt (1). Der Bundestag ist daher auch den Änderungsvorschlägen des wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium nicht gefolgt, der angeregt hatte, die Befugnisse des Bundeskartellamtes bei bestimmten Zusammenschlüssen im Sinne einer Widerspruchsbefugnis erheblich zu erweitern (2).

Geändert worden ist dagegen das Tatbestandsmerkmal des 20-prozentigen Marktanteils. Da der Begriff des jeweils relevanten Marktes leicht zu Rechtsunsicherheit bei den Beteiligten führen könne (3), ist die Pflicht zur Anzeige nunmehr wahlweise auch an die absolute Größe der an einem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen geknüpft worden, und zwar an die Zahl der Beschäftigten (10 000), den Umsatz (500 Millionen) und die Bilanzsumme (1 Milliarde) (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Ferner bestimmt § 23 Abs. 1 Nr. 2 GWB, daß bei der Berechnung des Marktanteils auch der Anteil der Konzernunternehmen im Sinne des § 15 AktG zu berücksichtigen ist.

Während in Abs. 2 des § 23 GWB die bisherigen 5 Gruppen von Zusammenschlußtatbeständen unverändert übernommen worden sind, nennt ein neuer Abs. 3 ausdrücklich die zur Anzeige verpflichteten Personen. In den ebenfalls neu eingeführten Absätzen 4 und 5 werden Vorschriften über den Inhalt der zu erstattenden Anzeigen und über ein über § 46 GWB hinausgehendes Auskunftsrecht der Kartellbehörde gemacht.

2. Zusammenschlüsse nach § 23 GWB.

2.1. Allgemeine Bemerkungen.

Die Meldepflicht des § 23 GWB ist an den Zusammenschluß von Unternehmen (4) geknüpft.

---

(1) BT-Drucksachen IV/617, S. 66 u. IV/2564, S. 9

(2) BT-Drucksache IV/617, S. 95

(3) so Begründung der Bundesregierung - BT-Drucksachen IV/617, S. 72 und IV/2564, S. 10

(4) Zum Begriff des "Unternehmens" vergl. in der allgem. Lit. u. a. Gieseke in Festschrift f. Heymann, Bd. 2, S. 112 ff; Gierke in ZHR 111, 1 ff; Ballerstedt in JZ 1951, 486 ff; zum GWB insbes. Frankfurter Kommentar, § 1 Tz 3 ff; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 2 ff; Gandenberger, Was ist ein Unternehmen ? 1963 m. zahlr. Nachw.

2.1.1. Der Begriff "Zusammenschluß" in § 23 GWB.

"Zusammenschluß" bedeutet, folgt man dem allgemeinen Sprachgebrauch, die Vereinigung zweier Unternehmen zu einem einzigen Unternehmen, sei es, daß beide Unternehmen in einem einzigen neugebildeten Unternehmen aufgehen, sei es, daß sich das eine Unternehmen das andere Unternehmen einverleibt. Schon ein flüchtiger Blick auf die fünf verschiedenen Gruppen von Zusammenschlußvorgängen, wie sie in Abs. 2 des § 23 GWB unter den Nummern 1 bis 5 aufgeführt sind, zeigt jedoch, daß diese Vorschrift einen wesentlich weiteren Begriff des Zusammenschlusses normiert, der mit dem herkömmlichen Sprachgebrauch nicht übereinstimmt. Etwa der Erwerb von Betriebsstätten anderer Unternehmen (Nummer 3) oder der Erwerb von Anteilsrechten an anderen Unternehmen (Nummer 5) führen keineswegs zu einer Vereinigung der an dem Vorgang beteiligten Unternehmen. Diese bleiben vielmehr juristisch als selbständige Unternehmen bestehen. "Zusammengeschlossen" werden vielmehr die Produktionskapazitäten in der Form, daß nach Durchführung eines derartigen "Zusammenschlusses" die wirtschaftliche Leitung der betroffenen Kapazitäten in einer Hand vereinigt wird. Allein dieser wirtschaftliche Erfolg eines Zusammengehens zwischen zwei oder mehr Unternehmen interessiert aber auch im Rahmen des § 23 GWB.

Diese Vorschrift steht in dem mit "Wettbewerbsbeschränkungen" überschriebenen ersten Teil des GWB und soll der Kartellbehörde Kenntnis über Konzentrationsvorgänge verschaffen, die zu einer Zusammenballung wirtschaftlicher Macht in einer Hand und damit zu einer Gefährdung des freien Wettbewerbs führen können. Dabei kommt es allein auf die Konzentration - den "Zusammenschluß" - der wirtschaftlichen Leitungsbefugnis an; ob daneben auch ein Zusammenschluß im herkömmlichen Sinne zwischen den beteiligten Unternehmen stattfindet, ist von untergeordneter Bedeutung. Der Begriff "Zusammenschluß" in § 23 GWB ist also ein wirtschaftlicher Begriff und ist im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen.

Daß es sich hierbei um einen wirtschaftlichen Begriff handelt, erklärt auch die Tatsache, daß in Nummer 4 sogar Verträge als Zusammenschlüsse bezeichnet werden, die nur obligatorische Rechte an Betriebsstätten begründen, während die Eigentümsverhältnisse unberührt bleiben. Wenn schließlich sogar als Zusammenschluß ein Vorgang angesehen wird, der nur einen Teil eines Unternehmens erfaßt (Nummern 3 und 4), so erklärt sich dies daraus, daß bei den teilweise gewaltig gewachsenen Unternehmensgrößen schon einzelne Betriebsstätten derartige Größen erreichen, daß sie wirtschaftlich selbst schon wie ein Unternehmen erscheinen.

Wird im folgenden also von einem "Zusammenschluß" von Unternehmen gesprochen, so ist jeweils zu beachten, daß dieser Begriff im Sinne von § 23 GWB zu verstehen ist. Dieser ist aber ein wirtschaftlicher Begriff und darf mit dem im herkömmlichen Sprachgebrauch bekannten Begriff nicht verwechselt oder gleichgestellt werden.

2.1.2. Abschließende Aufzählung der Zusammenschlußtatbestände in § 23 GWB ?

Die fünf Gruppen von Zusammenschlußvorgängen, die eine Meldepflicht auslösen, werden durch die Worte eingeleitet : "Als Zusammenschluß gelten :". Hier stellt sich die Frage, ob es sich dabei nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt und daher auch andere, nicht ausdrücklich genannte Konzentrationsvorgänge der Meldepflicht unterliegen, oder ob es sich um eine abschließende Aufzählung handelt und daher alle Arten von Konzentrationen, auch wenn sie vergleichbare oder ähnliche Auswirkungen hinsichtlich der beteiligten Unternehmen haben, wie die in den fünf Nummern genannten Konzentrationen, nicht der Meldepflicht unterliegen. Daß es über die in Absatz 2 aufgeführten fünf Gruppen von Konzentrationsarten hinaus noch weitere derartige Möglichkeiten gibt, einen wirtschaftlichen Zusammenschluß zwischen zwei oder mehreren Unternehmen herbeizuführen, zeigt schon ein Blick auf die in Art 1 der Verordnung über die Tatbestandsmerkmale der Kontrolle eines Unternehmens im Sinne des Art 66 § 1 MUV (1) genannten Konzentrationsvorgänge, die der Genehmigungspflicht nach Art 66 § 1 MUV unterliegen. Auch § 19 RegEntw. (2) enthält einen umfangreicheren Katalog von Zusammenschlußtatbeständen.

Allein die Fassung des § 23 Abs. 2 GWB läßt keinen eindeutigen Schluß zu, daß es sich hier um eine abschließende Aufzählung handelt, wenngleich gesagt werden kann, daß durch Hinzufügen des Wortes "insbesondere" leicht hätte deutlich gemacht werden können und wohl auch gemacht worden wäre, wenn es sich um eine beispielhafte Aufzählung hätte handeln sollen. Es ist also nach der Gesetzesfassung davon auszugehen, daß die Aufzählung abschließend ist (3).

Endgültig bestätigt wird diese Auffassung aber durch die Entstehungsgeschichte des § 23 GWB. Wie schon ausgeführt (4), enthielt der ursprüngliche § 19 der Regierungsvorlage einen wesentlich umfangreicheren Katalog von acht Zusammenschlußtatbeständen, der aber auf Anregung des wirtschaftspolitischen Ausschusses in einigen Punkten erheblich enger gefaßt wurde, wobei als bedeutendste Punkte die Gewinngemeinschaftsverträge und die Verträge über den Austausch von leitenden Persönlichkeiten nicht in den § 23 GWB übernommen wurden. Weiter gestrichen wurden der Erwerb eines dinglichen Nutzungsrechts an Betriebsstätten anderer Unternehmen (§ 19 Nr. 1 RegEntw.) und der Erwerb des Nießbrauchs an anderen Unternehmen (§ 19 Nr. 4 RegEntw.). Schließlich wurde die Nummer 8 der Regierungsvorlage dahingehend geändert, daß auch die im Besitz eines Kon-

---

(1) Entsch. d. Hohen Behörde Nr. 24/54 v. 6. 5. 1954 - s. Anhang

(2) abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1043

(3) ebenso Frankfurter Kommentar § 23 Tz 8; Gemeinschaftskommentar (Bartholomeyczik) §§ 23, 24 Tz 2

(4) s. Kap. 1.2.

zernunternehmens befindlichen Anteilsrechte bei der Errechnung des beherrschenden Einflusses mitzuberücksichtigen sind und der beherrschende Einfluß im Sinne dieser Vorschrift durch die feste Größe von 25 % des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens ersetzt wurde (1).

Diese Streichungen und Änderungen sind nur dahingehend zu verstehen, daß die Meldepflicht auf die nunmehr endgültigen fünf Punkte beschränkt werden sollte (2). Andere Konzentrationsvorgänge als die in § 23 Abs. 2 GWB genannten sind also nicht meldepflichtig.

Rechtspolitisch mag das zwar unbefriedigend sein, da das Ziel dieser Vorschrift, der Kartellbehörde einen Überblick über die Konzentration in der westdeutschen Wirtschaft zu geben, nur zu einem Teil erreicht werden kann, wenn ohne Zweifel noch vorkommende zahlreiche andere Konzentrationsvorgänge aus dem Bereich dieser Vorschrift herausfallen, die Fassung des § 23 GWB im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift läßt aber eine andere Auslegung nicht zu.

Bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits bestehende Zusammenschlüsse, auch wenn sie in einer der Formen der Nummern 1 bis 5 zustandegekommen sind, bleiben von § 23 GWB unberührt. Aus dem Begriff "Zusammenschluß" von Unternehmen, an den die Meldepflicht anknüpft, ergibt sich, daß nicht ein Konzentrationszustand sondern nur ein Vorgehen, daß in den Formen der Nummern 1 bis 5 erfolgt und zu einer Konzentration führt, meldepflichtig ist. Derartige bereits bestehende Konzentrationen unterliegen nur den Vorschriften des § 22 GWB, soweit die dort genannten Voraussetzungen gegeben sind.

Abschließend ist die Aufzählung der meldepflichtigen Tatbestände in § 23 GWB auch insofern, als die Vergrößerung der Marktmacht eines Unternehmens, die durch organisches Wachstum, Vergrößerung der eigenen Produktionsanlagen oder Kapitalerhöhungen erfolgt, keiner Meldepflicht unterliegt (3). Weder handelt es sich in einem derartigen Fall um einen, wenn auch nur wirtschaftlichen Zusammenschluß, noch werden derartige Tatbestände in § 23 GWB genannt.

Die folgenden Untersuchungen beschränken sich allein auf den Inhalt der verschiedenen Zusammenschlußtatbestände. Unberücksichtigt bleibt, welcher Produktionsstufe die beteiligten Unternehmen angehören, also ob sie in der Urproduktion, der Weiterverarbeitung oder im Handel tätig sind. Diese Frage taucht erst bei der Errechnung des relevanten Marktanteils auf und liegt daher außerhalb des Rahmens dieser Arbeit.

---

(1) dazu Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1043

(2) außer den genannten auch Langen, § 23 Anm. III, 4; Goldmann in WuW 1963, 381; Rasch, Kommentar, §§ 23, 24 Anm. 2; ders. in WuW 1962, 239; Rinck, Wirtschaftsrecht, Tz 812

(3) ebenso Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 9

2.2. Verschmelzungen mit anderen Unternehmen.

Den für den § 23 GWB und seine Ziele wichtigsten Konzentrationsvorgang, weil er am weitesten in die Unabhängigkeit der beteiligten Unternehmen eingreift, stellt die Vorschrift an die Spitze ihrer fünf Tatbestände. Es ist dies die Verschmelzung mit anderen Unternehmen.

2.2.1. Echte oder unechte Verschmelzung.

Der Begriff der Verschmelzung ist im GWB nicht näher definiert. Er ist aber aus dem Recht der Aktiengesellschaft bekannt und findet seine Definition in § 339 AktG. Nach dieser Vorschrift ist Verschmelzung die Vereinigung von Aktiengesellschaften ohne Abwicklung.

Das wesentliche an dieser Verschmelzung im technischen Sinne (1) ist die Vereinigung mehrerer Kapitalgesellschaften, wobei die Abwicklung ausgeschlossen ist und die Gegenleistung in Aktien gewährt wird.

Diese Art der Verschmelzung, auch Vollverschmelzung genannt, ist die sogenannte "echte Fusion" (2) im Unterschied zu der unechten Verschmelzung oder auch "uneigentlichen Fusion", bei der die Abwicklung einer der beiden Gesellschaften nicht ausgeschlossen ist. Für diese Art der Vereinigung zweier Gesellschaften kennt das Aktiengesetz keinen besonderen Ausdruck. Sie fällt daher unter den Begriff "Vermögensübertragung in anderer Weise" im Sinne von § 361 AktG, der alle die Fälle der Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien auf ein anderes Unternehmen erfaßt, die nicht unter die Vorschriften der §§ 339 bis 360 AktG fallen (3). Wirtschaftlich handelt es sich aber auch hierbei gleichwohl um eine Verschmelzung von Unternehmen, wenn auch nicht im technischen Sinne.

Es stellt sich daher die Frage, ob der Begriff der Verschmelzung im Sinne von § 23 GWB in dieser Vorschrift im technischen oder im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen ist. Anders ausgedrückt, sind Verschmelzungen im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB jede Vereinigung der Vermögen zweier Unternehmen oder nur die Vereinigungen, die im Gesetz ausdrücklich als Verschmelzungen geregelt sind, wobei dies dann auch für Verschmelzungsfälle gelten würde, die im Genossenschaftsgesetz geregelt sind (§§ 93 a ff GenG) ?

Für die weitere Auslegung spricht keineswegs, daß der § 23 GWB ganz allgemein von Verschmelzungen von Unternehmen und nicht von Verschmelzungen von Aktiengesellschaften spricht, da gesetzlich neben der Verschmelzung von

---

(1) so Baumbach-Hueck, AktG, vor § 233 Anm. 1 - die Kommentare zum AktG 1937 können auch auf das AktG 1965 angewandt werden, soweit die entsprechenden Vorschriften übereinstimmen

(2) Schilling im Großkommentar zum AktG, § 233 Anm. 3

(3) zum Unterschied zwischen § 327 und § 349 siehe später

Aktiengesellschaften auch Verschmelzungen im technischen Sinne von Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften geregelt sind. Diese werden also durch die Fassung der Nummer 1, auch wenn sie im eingeschränkten Sinne ausgelegt wird, miterfaßt.

Gegen die weitere und für eine engere Auslegung des Verschmelzungsbegriffs im § 23 GWB spricht jedoch insbesondere der Aufbau des Gesetzes. Neben der Verschmelzung von Unternehmen regelt die Vorschrift unter Nummer 2 den Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen. Dieser Vorschrift hätte es nicht bedurft, wenn der Verschmelzungsbegriff der Nummer 1 im weiteren Sinne hätte verstanden werden sollen, da er dann auch den Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen, gleich in welcher Form er erfolgt wäre, mitumfaßt hätte. Aus dem Aufbau und Inhalt des § 23 GWB selbst ergibt sich also, daß Verschmelzungen im Sinne dieser Vorschrift nur die "echten Fusionen" sind, wie sie im Aktiengesetz und Genossenschaftsgesetz geregelt sind, während "Vermögensübertragungen in anderer Weise" (§ 361 AktG) unter Nummer 2 fallen. Auch vom Zweck des Gesetzes her besteht keine Notwendigkeit, diesen Begriff, der im Aktiengesetz und Genossenschaftsgesetz ein feststehender Rechtsbegriff ist, auf verwandte oder ähnliche Wirtschaftsvorgänge auszudehnen (1), da auch bei dieser Auslegung kein, sonst möglicherweise durch Nummer 1 erfaßter Konzentrationsvorgang von § 23 GWB nicht erfaßt wird (2).

2.2.2. Die Verschmelzungen nach dem Aktiengesetz.

2.2.2.1. Die echten Verschmelzungen.

Das Aktiengesetz unterscheidet zwei Arten von Verschmelzungen und zwar die Verschmelzung durch Aufnahme und die Verschmelzung durch Neubildung (3).

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme erfolgt die Vereinigung in der Weise, daß die eine Gesellschaft, und zwar die übertragende erlischt, während das in ihr zusammengefaßte Vermögen auf die andere Gesellschaft, nämlich die übernehmende im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht.

Es ist aber keineswegs erforderlich, daß die übernehmende Gesellschaft eine der beiden sich verschmelzenden Gesellschaften ist; die Verschmelzung kann auch durch Bildung einer neuen Gesellschaft erfolgen, die die Vermögen der beteiligten Unternehmen übernimmt, während die beteiligten Gesellschaften in der Rolle der übertragenden sind und erlöschen (Verschmelzung durch Neubildung).

Kennzeichen der Verschmelzung ist in jedem Fall, daß nach Durchführung der Verschmelzung nur noch eine Gesellschaft als Träger aller Rechte und Pflichten besteht.

---

(1) so auch Frankfurter Kommentar § 23 Tz 11 f; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar §§ 23, 24 Tz 4

(2) im Ergebnis ebenso Bartholomeyczik a.a.O.; Rinck, Tz 810

(3) Baumbach-Hueck, AktG, Übersicht vor § 233 Anm. 2

Daraus folgt, daß eine Verschmelzung im Sinne von § 339 AktG nur vorliegt, wenn das gesamte Unternehmen übertragen wird, die Übertragung eines Betriebes oder einer Betriebsabteilung allein genügt nicht. Es dürfen auch nicht einzelne Gegenstände bei der Übertragerin zurückbleiben (1).

Nach der Rechtsprechung zum früheren § 303 HGB konnten von der Veräußerung des ganzen Vermögens einzelne Gegenstände von untergeordneter Bedeutung ausgenommen werden (2); da das übertragende Unternehmen jedoch erlischt, kann es nicht Träger einzelner Vermögensgegenstände bleiben (3). Dem steht ferner entgegen, daß das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht, die Veräußerung des Vermögens als Ganzes im Sinne des § 339 AktG also notwendig das gesamte im Zeitpunkt der Eintragung (§ 346 Abs. 3 S. 1 AktG) vorhandene Vermögen der übertragenden Gesellschaft erfaßt (4).

Sollen gleichwohl einzelne Vermögensstücke von der Übertragung ausgenommen werden, so kann das nur in der Form geschehen, daß sie zuvor mit dinglicher Wirkung aus dem Vermögen der übertragenden Gesellschaft ausgesondert und auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen werden. Gleichwohl darf es sich aber auch dabei nur um Gegenstände von untergeordneter Bedeutung und geringem Wert im Verhältnis zum gesamten Vermögen des Unternehmens handeln, da das Wesen der Verschmelzung in der Zusammenfassung der Gesamtheit zweier Unternehmen besteht und sich auf den Bestand des Unternehmens bezieht, so wie er bisher die technische und wirtschaftliche Grundlage für seinen Betrieb gebildet hat (5). Werden bedeutendere Vermögensteile ausgenommen, so kann man von einer Veräußerung als Ganzes nicht mehr sprechen, vielmehr handelt es sich in diesem Fall um eine Veräußerung in Teilen, die aber nicht nach § 339 AktG erfolgen kann.

Wesentliches Merkmal der Verschmelzung zweier Gesellschaften nach § 339 AktG im Gegensatz zu der sogenannten unechten Fusion im Sinne von § 361 AktG ist, daß im Fall des § 339 AktG das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft oder, im Falle der Verschmelzung durch Neubildung, der übertragenden Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergeht. Dieser Unterschied kommt in der verschiedenen Fassung der

---

(1) Baumbach-Hueck, AktG, § 233 Anm. 2; Schlegelberger-Quassowski, AktG. § 233 Tz 5; von Godin-Wilhelmi § 233 Anm. 2, § 240 Anm. 7

(2) RG. U. v. 22. 6. 1908 in RGZ. 69, 283 (289 f); RG. U. v. 6. 2. 1928 in HRR 1928, 1287; RG, U. v. 13. 5. 1929 in RGZ 124, 279 (294); für § 233 ebenso Ritter, AktG, § 233 Anm. 3; Teichmann-Koehler, AktG, § 233 Anm. 3 b

(3) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 233 Tz 5, § 255 Tz 4

(4) Schilling im Großkommentar zum AktG, § 233 Anm. 9; von Godin-Wilhelmi, AktG, § 240 Anm. 7

(5) ähnlich Teichmann-Koehler, AktG, § 233 Anm. 3 b; von Godin-Wilhelmi, AktG, § 233 Anm. 2, § 240 Anm. 7

§§ 339, 359, 360 AktG im Gegensatz zu § 361 AktG zum Ausdruck (1). Während bei der Verschmelzung das Vermögen "als Ganzes" veräußert wird, das heißt, es tritt Gesamtrechtsnachfolge ein, wird in § 361 AktG "das ganze Gesellschaftsvermögen" übertragen, das bedeutet, es tritt Einzelrechtsnachfolge ein (2).

Hinzu kommt, daß bei der echten Fusion im Sinne von § 339 AktG die Abwicklung der beteiligten Gesellschaften ausgeschlossen ist. Die übertragenden Gesellschaften werden also nicht wie bei der Abwicklung vollbeendet, sondern nur in ihrer alten Form aufgelöst und leben nun in der neuen Gesellschaft fort.

Sofern eine Gesellschaft bereits aufgelöst und in das Stadium der Abwicklung getreten ist (§§ 262, 264 AktG), so kann gleichwohl eine Verschmelzung noch stattfinden. Voraussetzung ist allerdings, daß noch nicht mit der Verteilung des Vermögens der Gesellschaft unter die Aktionäre begonnen ist (§ 271 AktG) und die Hauptversammlung der betreffenden Gesellschaft beschließt, die Gesellschaft fortzusetzen (§§ 274, 339 Abs. 2 AktG) (3).

Unter den Voraussetzungen des § 274 Abs. 2 AktG wird man auch die Verschmelzung mit einer Gesellschaft für zulässig ansehen müssen, über die das Konkursverfahren eröffnet worden ist (4).

Die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft für das Vermögen der übertragenden Gesellschaft besteht in Aktien der übernehmenden Gesellschaft, die diese an die bisherigen Aktionäre der erlöschenden Gesellschaft gewährt. Bare Zahlungen neben Aktien dürfen nur bis zu einer Höhe von zehn Prozent der gewährten Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft geleistet werden (§ 344 Abs. 2 AktG).

Welche Arten von Unternehmen eine Verschmelzung im technischen Sinne durchführen können, ist im Aktiengesetz ausdrücklich geregelt. Als Grundtyp nennt das Aktiengesetz die Verschmelzung von zwei oder mehreren Aktiengesellschaften, sei es, daß sie zusammen eine neue Aktiengesellschaft gründen, sei es, daß die eine Aktiengesellschaft die andere übernimmt. Übernehmende, übertragende und neugebildete Gesellschaft sind in diesem Fall also Aktiengesellschaften.

Nach § 354 AktG kann gleiches auch zwischen Kommanditgesellschaften auf Aktien geschehen und auch zwischen Aktiengesellschaften und Kommandit-

---

(1) Schlegelberger-Quassowski § 255 Tz 5; abw. Ritter, AktG, § 255 Anm. 2

(2) s.a. Palandt-Danckelmann, § 419 Anm. 3

(3) ebenso fürs frühere Recht Teichmann-Koehler, AktG, § 233 Anm. 4; von Godin-Wilhelmi, AktG, § 233 Anm. 2; eingeschränkt auch RG, U. v. 13. 5. 1929 in RGZ 124, 279 (300) und Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 233 Tz 3

(4) da das Gesetz selbst die Fortsetzung einer derartigen Gesellschaft vorsieht, können die von Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 233 Tz 4, geltend gemachten Bedenken, eine derartige Verschmelzung laufe dem Ziel des Konkursverfahrens zuwider, nicht überzeugen

gesellschaften auf Aktien, wobei jede Gesellschaftsart sowohl in der Rolle einer übernehmenden als auch in der einer übertragenden Gesellschaft beteiligt sein kann.

Auch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann an einer Verschmelzung beteiligt sein, dies jedoch nur in der Weise, daß die GmbH ihr Vermögen als Ganzes auf eine Aktiengesellschaft oder auf eine Kommanditgesellschaft auf Aktien überträgt (§§ 355, 356 AktG).

Geregelt ist ferner die Verschmelzung einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit einer Aktiengesellschaft oder mit einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, wobei jedoch auch hier wieder die bergrechtliche Gewerkschaft nur in der Form der übertragenden Gesellschaft beteiligt sein kann und außerdem auch die Verschmelzung durch Neubildung ausgeschlossen ist (§§ 357, 358 AktG).

Schließlich ist die Vereinigung einer Aktiengesellschaft - nicht Kommanditgesellschaft auf Aktien -, die den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand hat, mit einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in der Form zulässig, daß die Aktiengesellschaft ihr Vermögen als Ganzes gegen Entgelt auf einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit überträgt. Die übertragende Gesellschaft muß in diesem Fall immer eine Aktiengesellschaft sein; eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann nicht nach dieser Vorschrift übertragen werden. Wesentlich ist auch, daß sie den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand hat (§ 1 Abs. 1 bis 3 VAG). Auf der anderen Seite kann der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ausschließlich als übernehmende Gesellschaft auftreten. Eine Verschmelzung in der Form, daß die Aktiengesellschaft und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ihr Vermögen auf einen neugegründeten Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit übertragen, ist ausgeschlossen, da § 360 Abs. 2 AktG nicht auf § 353 AktG verweist.

Übernehmer kann nur ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit sein (§§ 15 VAG). Auch der sogenannte kleine Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 53 VAG), der dem Vereinsrecht unterfällt und nicht im Handelsregister eingetragen ist, kann nach § 360 AktG eine Aktiengesellschaft, die den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand hat, aufnehmen (1). Dem steht nicht entgegen, daß die Aufsaugung einer Aktiengesellschaft durch einen solchen nicht dem Handelsrecht unterliegenden und nicht im Handelsregister eingetragenen Verein dem Geist der Vorschriften widerspricht (2). Sofern in einem derartigen Fall unter anderem die §§ 345, 346 AktG nicht passen, so muß doch eine sinngemäße Anwendung des § 360 AktG dazu führen, daß die Vorschriften nicht gelten, die voraussetzen, daß die übernehmende Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist (3).

---

(1) Ritter, AktG, § 254 Anm. 3

(2) so Baumbach-Hueck, AktG, § 254 Anm. 1

(3) ebenso Böttcher-Meilicke, § 254 Anm. 3

Versicherungstechnisch fällt die Vermögensübertragung nach § 360 AktG unter den Begriff der sogenannten Bestandsübertragung, da mit den gesamten Aktiven und Passiven auch der gesamte Versicherungsbestand der übertragenden Aktiengesellschaft übertragen wird. Diese Bestandsübernahme bedarf nach § 14 VAG der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde.

Der zweite Teil des vierten Buches des Aktiengesetzes, in dem der letztgenannte Fall der Vereinigung zweier Gesellschaften - die Vereinigung einer Aktiengesellschaft, die den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand hat, mit einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit - geregelt ist, ist zwar im Gegensatz zum ersten Teil, der mit "Verschmelzungen" überschrieben ist, mit "Vermögensübertragung" betitelt, gleichwohl handelt es sich aber auch hier um eine Verschmelzung im technischen Sinne (1), da die beiden wesentlichen Merkmale einer Verschmelzung, Ausschluß der Abwicklung und Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen der übertragenden Gesellschaft, auch hier gegeben sind. Auch dieser Konzentrationsvorgang fällt daher unter die Nummer 1 des § 23 Abs. 2 GWB. Dabei ist auch zu beachten, daß § 23 GWB in § 102 GWB nicht genannt ist, somit also § 23 GWB hier unbeschränkt anwendbar ist.

2.2.2.2. Verschmelzungen mit Unternehmen im Besitz der öffentlichen Hand.

Keine Verschmelzungen mit anderen Unternehmen im Sinne von § 23 GWB ist jedoch die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien auf den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband oder eine Gemeinde gemäß § 359 AktG, da diese als solche keine Unternehmen sind. Wird dagegen ein derartiges Unternehmen mit einem Unternehmen verschmolzen, das im Eigentum einer öffentlichrechtlichen Körperschaft steht, insbesondere die sogenannten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, so ist selbstverständlich der Tatbestand der Nummer 1 des § 23 GWB gegeben. In diesem Fall erfolgt die Verschmelzung aber auch nicht nach § 359 AktG, da diese nur mit den dort ausdrücklich genannten öffentlichrechtlichen Körperschaften möglich ist (2), sondern nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 339 ff AktG, sofern die dortigen Voraussetzungen gegeben sind; insbesondere also, wenn das öffentliche Unternehmen in der Form einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien betrieben wird (3)

§ 23 GWB spricht allein von dem Zusammenschluß von Unternehmen und stellt es nicht darauf ab, in wessen Besitz diese Unternehmen sich befinden. Berücksichtigt man andererseits, welch' großer Besitz an Wirtschaftsunternehmen in der Hand von Bund, Ländern und Gemeinden, wenn auch in den verschiede-

(1) Schilling im Großkommentar zum AktG - § 254 Anm. 2 - spricht auch von der "Verschmelzung" dieser Gesellschaften

(2) Baumbach-Hueck, AktG, § 253 Anm. 1

(3) so a. Schlegelberg-Quassowski, § 253 Anm. 2; Böttcher-Meilicke, § 253 Anm. 3

Wirtschaftsbereichen in recht unterschiedlicher Bedeutung, vereinigt ist, so erscheint es vom Zweck der Vorschrift sogar dringend geboten, auch Konzentrationen in diesem Bereich der Wirtschaft der Meldepflicht zu unterstellen. So nennt der Bericht über die Entwicklung des vom Bundesschatzministerium verwalteten industriellen Bundesvermögens für die Zeit vom 1. April 1962 bis 31. März 1963 allein 257 Unternehmen, an denen der Bund unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 25 % beteiligt ist oder die für den Bund eine gewisse Bedeutung haben(1). Hinzu kommt der Beteiligungsbesitz der Länder mit einem Betrag von rund 2, 1 Milliarden DM (2) und der der Gemeinden in Höhe von rund 4, 1 Milliarden DM (3).

Der Überblick über den Konzentrationsgrad und die Konzentrationsbewegungen in der westdeutschen Wirtschaft, den § 23 GWB dem Kartellamt vermitteln soll, wäre daher unvollständig, wenn nicht sogar völlig unbrauchbar, wenn dieser doch umfangreiche Komplex dem § 23 GWB nicht unterstände.

Dabei darf auch nicht übersehen werden, daß diese Unternehmen, soweit sie reine Wirtschaftsunternehmen sind, keine Zuschußunternehmen sind. Sie werden nach völlig privatwirtschaftlichen Grundsätzen geleitet und können sich was Leitung, Organisation und Geschäftserfolg angeht mit den privaten Konzernen unbedingt messen (4).

Somit unterfallen auch Konzentrationen im Bereich des Eigentums der öffentlichen Hand unter § 23 GWB und sind der Kartellbehörde zu melden (5) (§ 98 GWB).

Ausgenommen von dieser Vorschrift sind lediglich die Bundespost, die Bundesbahn und bestimmte Verkehrsträger (§ 99 GWB) und die Deutsche Bundesbank, die Landeszentralbanken und die Kreditanstalt für Wiederaufbau (§ 101 Nr. 1 GWB).

2.2.2.3. Abschließende Aufzählung der Verschmelzungstatbestände im Aktiengesetz.

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung umstritten war und ist auch teilweise noch die Frage, ob es sich bei den Bestimmungen über die verschiedenen Verschmelzungstatbestände im AktG um eine abschließende Regelung handelt, oder ob diese Vorschriften einer ausdehnenden Auslegung in der Richtung zugänglich sind, daß auch andere Verschmelzung nach diesen Vorschriften zulässig sind.

---

(1) in Das industrielle Bundesvermögen im Jahre 1962/1963, Köln 1964
(2) dazu Hermann, Die Konzentration in der Wirtschaft, S. 551 f
(3) dazu Klug, Volkskapitalismus und Eigentumsbildung, S. 49 f u. BT-Drucksache IV/2320 - Konzentrationsbericht - S. 49 ff
(4) Klug, a. a. O., S. 52 f
(5) ebenso Walter, Der Staat als Kunde, S. 44 f; Rasch, Kommentar z. GWB, § 98 Anm. 1; Tetzner, Kartellrecht, S. 173 f

Die Rechtsprechung hat eine derartige Ausweitung dieser Vorschriften mit dem Hinweis, es handele sich hierbei um eine erkennbar abschließende Regelung, in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (1).

Soweit es um die Frage geht, ob sich auch mehrere Gesellschaften mit beschränkter Haftung und mehrere Vereine nach den Vorschriften des AktG verschmelzen können, wird die Meinung der Rechtsprechung auch vom Schrifttum geteilt (2).

Dagegen wird die Verschmelzung von mehreren Versicherungsvereinen analog nach den Vorschriften des AktG neuerdings für zulässig angesehen (3).

Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden. Die sehr eingehende Aufzählung der Gesellschaften, die sich nach den Vorschriften des AktG verschmelzen können, spricht eindeutig dafür, daß es sich hier um eine erschöpfende Aufzählung handeln sollte und auch handelt. Bei der gegenteiligen Auffassung wäre es unverständlich, warum der Gesetzgeber eine Vielzahl von Gesellschaftsformen ausdrücklich behandelt hat, wenn die Regelung nicht gerade ausschließlich nur auf die genannten Gesellschaften Anwendung finden sollte. Eine Verschmelzung im technischen Sinne gemäß den Vorschriften des AktG ist also nur in den im Gesetz ausdrücklich normierten Fällen als zulässig anzusehen (4).

Für diese Ansicht spricht auch noch ein zweiter Gesichtspunkt. Bei einem Unternehmen handelt es sich um die wirtschaftliche Zusammenfassung einer Vielzahl von Sachen und Rechten, die dem wirtschaftlichen Zweck des Unternehmens zu dienen bestimmt sind. Nach deutschem Recht erfolgt die Übertragung einer derartigen Sachgesamtheit grundsätzlich in der Weise, daß jeder Bestandteil in der für ihn vorgeschriebenen Form übertragen wird, also etwa eine Maschine durch Einigung und Übergabe gemäß § 929 BGB, ein Grundstück durch Einigung und Eintragung gemäß §§ 873, 925 BGB und eine Forderung durch Abtretung gemäß § 398 BGB. Wenn das Gesetz gleichwohl in bestimmten Fällen ausnahmsweise eine Gesamtrechtsnachfolge zuläßt, wie etwa beim Erbgang (§ 1922 BGB), bei der Begründung der Gütergemeinschaft (§ 1415 ff BGB) und wie hier bei der Vereinigung von Gesellschaften, so sind derartige Vorschriften als Ausnahmen zu behandeln und einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich.

Die Vereinigung von Gesellschaften, die gesetzlich nicht geregelt ist, kann also nur nach § 361 AktG oder nach dem allgemeinen Vorschriften, insbesondere auch § 419 BGB erfolgen.

---

(1) so RG, Beschl. v. 19. 6. 1931 in RGZ 133, 102 (109); KG, Beschl. v. 12. 11. 1942 in DR 1942, 1797

(2) Baumbach-Hueck, GmbHG, Anh. zu § 81 Anm. 1; Kummer in DR 1942, 317 f; Heinerici in DR 1943, 785; Scholz-Fischer-Klein, GmbHG, §§ 80, 81 Anm. 3

(3) Prölss, VAG, § 44 Anm. 5; Böttcher-Meilicke, § 254 Anm. 1 u. d. dort zit. Fall der Verschmelzung der VELA mit der Iduna Germania im Jahre 1954

(4) ebenso Würdinger, Aktienrecht, S. 272

Für § 23 GWB ergibt sich damit, daß Verschmelzungen von Unternehmen im Sinne von § 23 GWB, sofern die Vorschriften des AktG in Betracht kommen, nur die in den §§ 339 ff AktG ausdrücklich geregelten Fälle sind, andere Fälle aber, da eine ausdehnende Auslegung dieser Vorschriften nicht zulässig ist, nicht vorkommen und daher auch nicht der Nummer 1 des § 23 GWB unterfallen können.

2.2.3. Die Verschmelzungen nach dem Genossenschaftsgesetz.

Einen Fall der Verschmelzung, der ebenfalls unter die Nummer 1 des § 23 Abs. 2 GWB fällt, regelt ferner das GenG in den §§ 93 a ff GenG.

Nach diesen Vorschriften ist eine Verschmelzung auch zwischen Genossenschaften gleicher Haftart zulässig, wenn die eine Genossenschaft ihr Vermögen unter Ausschluß der Abwicklung als Ganzes auf eine andere Genossenschaft überträgt. Hier ist also lediglich die an sich selbstverständliche Voraussetzung zwingend, daß die beteiligten Genossenschaften entweder alle als Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung oder als Genossenschaften mit beschränkter Haftung (§ 2 GenG) errichtet sind. Auf die Art der Betätigung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nummer 1 bis 7 GenG kommt es nicht an.

2.2.4. Die Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz.

Bestimmte Arten von Unternehmenskonzentrationen können schließlich nach dem Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften vom 12. November 1956 (UmwG) (1) vorgenommen werden. Wenn das Gesetz in seiner Überschrift auch nur von "Umwandlungen" spricht, so handelt es sich in vielen Fällen dieses Gesetzes doch tatsächlich um die Vereinigung von Gesellschaften.

Sachlich handelt es sich in allen Fällen um die Übertragung des Vermögens eines Unternehmens als Ganzes auf ein anderes Unternehmen unter gleichzeitigem Ausschluß der Abwicklung (2).

Wenn diese Konzentrationsvorgänge, soweit es sich nicht tatsächlich um reine Umwandlungen handelt, wie in den §§ 16 bis 19 UmwG, auch nicht als Verschmelzungen im Gesetz bezeichnet werden, so stellt sich doch die Frage, ob sie nicht dennoch als Verschmelzungen mit anderen Unternehmen im Sinne von § 23 GWB anzusehen sind. Eine Beschränkung der Nummer 1 des § 23 Abs. 2 GWB auf die ausdrücklich als Verschmelzungen benannten Fälle des AktG und GenG erscheint keineswegs geboten. Der Frankfurter Kommentar (3) lehnt zwar eine Ausdehnung der Vorschrift des § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf wirtschaftlich verwandte Vorgänge ab, da vom Zweck des Gesetzes her dafür keine Notwendigkeit

(1) BGBl. 1956 I, 844 - neugefaßt durch das Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6. 9. 1965 - BGBl. 1965 I, 1185 ff - § 39

(2) Böttcher-Meilicke, § 2 UmwG, Anm. 7

(3) § 23 Tz 11

bestehe, weil diese von den Nummern 2 bis 5 erfaßt würden. Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden. Mit einer derartigen Begründung könnte jede Untersuchung über die Unterschiede der Nummern 1 und 2 abgelehnt werden, da die echten Fusionen der Nummer 1 in jedem Fall von der Nummer 2 erfaßt werden. Auf diesem Wege kann man also die Frage, ob Vereinigungen von Unternehmen nach dem UmwG unter § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB fallen, nicht lösen. Es kommt hinzu, daß es sich bei den Vereinigungen, die in diesem Gesetz geregelt sind, auch keineswegs nur um wirtschaftlich verwandte Vorgänge handelt (1). Denn die Vereinigungstatbestände des UmwG sind durch genau die gleichen rechtlichen Merkmale wie die Tatbestände des AktG und GenG gekennzeichnet : nämlich Vereinigung von Unternehmen unter Ausschluß der Abwicklung und Vermögensübertragung als Ganzes, also im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Das rechtfertigt es aber letztlich, sie ebenfalls als Verschmelzungen im technischen Sinne zu verstehen, da sie genau die gleichen Merkmale wie die eigentlichen Verschmelzungen des AktG und des GenG aufweisen (2). Folglich sind Verschmelzungen im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch die Vereinigungstatbestände des UmwG.

Nach diesem Gesetz sind zu unterscheiden die Fälle der Umwandlung durch Errichtung einer Gesellschaft und die Fälle der Umwandlung durch Verschmelzung mit einer Gesellschaft (3).

2.2.4.1. Die Umwandlung durch Errichtung einer Gesellschaft.

Bei der Umwandlung durch Errichtung einer Gesellschaft (§§ 16 ff UmwG) wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft auf eine gerade erst und zum Zwecke der Übernahme gegründete offene Handelsgesellschaft übertragen. Bei diesem Vorgang handelt es sich praktisch nur um eine Änderung der Rechtsform des Unternehmens, wie in den Fällen der §§ 362 ff AktG, bei denen die Identität der Rechtspersönlichkeit aufrechterhalten und lediglich die Rechtsform umgestaltet wird (4). Wenn es sich auch rechtlich um die Übertragung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf einen neuen Rechtsträger handelt, kann dieser Vorgang doch nicht als Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB angesehen werden. Sinn des § 23 GWB ist es, Konzentrationsvorgänge zu erfassen und der Kartellbehörde davon Kenntnis zu geben, wenn es zu einer Zusammenfassung bisher getrennt gewesener wirtschaftlicher Machtfaktoren gekommen ist. Schutzobjekt dieser Vorschrift ist der Wettbewerb, der durch eine derartige Vereinigung zweier Unternehmen insofern betroffen wird, als ein Wettbewerber

(1) so Frankfurter Kommentar § 23 Tz 13 a.E.

(2) a.A. Rinck, Wirtschaftsrecht, Tz 812

(3) Böttcher-Meilicke, Vorbem. v. §§ 16 ff Anm. 1

(4) sog. formwechselnde Umwandlung - Böttcher-Meilicke, Vorbem. zu §§ 257 ff Anm. 1

durch die Vereinigung mit dem aufnehmenden Unternehmen ausgeschaltet wird und aus dem Marktgeschehen ausscheidet. Weder wird aber in den Fällen der formwechselnden und auch der errichtend übertragenden Umwandlung eine derartige Zusammenfassung bisher getrennter Marktmacht vorgenommen, da das Unternehmen als Produzent und Wettbewerber das gleiche, nur in anderer Rechtsform bleibt, noch wird der Wettbewerb in irgendeiner Form betroffen, da das übernehmende Unternehmen bisher noch nicht als Wettbewerber auf dem Markt tätig war und auch nicht werden konnte, da dies ihm nur mit dem Betriebsvermögen des übergebenden Unternehmens möglich ist. Ein Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB findet also nicht statt. Die Verteilung der wirtschaftlichen Macht ist nach wie vor die gleiche, nur die Rechtsform des Rechtsträgers und Wettbewerbers, der im übrigen identisch bleibt, ändert sich. Auf derartige Vorgänge ist § 23 GWB aber nicht anzuwenden.

2.2.4.2. Die Umwandlung durch Verschmelzung mit einer Gesellschaft.

Anders verhält es sich dagegen bei der Umwandlung durch Verschmelzung mit einer Gesellschaft. Grundform der Umwandlung durch Verschmelzung ist gemäß § 3 UmwG die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes auf eine bestehende - nicht also erst errichtete wie im Falle des § 16 UmwG - offene Handelsgesellschaft unter Ausschluß der Abwicklung. Da Grundvoraussetzung einer offenen Handelsgesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes ist (§ 105 Abs. 1 HGB), wird in diesen Fällen regelmäßig ein Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB vorliegen. Die Verschmelzung im Sinne des § 3 UmwG erfordert zwar als weitere Voraussetzung, daß alle oder doch zumindest mehr als neun Zehntel (§ 9 UmwG) der Aktien in der Hand der offenen Handelsgesellschaft sind, die Kontrolle und Verwaltung eines derartigen Besitzes allein kann aber niemals ein Handelsgeschäft im Sinne des § 105 Abs. 1 HGB sein (1). Auch theoretisch ist es in diesen Fällen also nicht denkbar, daß auch hier nur eine rechtliche Umorganisation wie in den Fällen der errichtend übertragenden Umwandlung vorliegt, ohne daß eine tatsächliche Konzentration erfolgt. Wirtschaftlich wird es zwar in derartigen Fällen bereits vor der Vereinigung der beiden Gesellschaften keine Selbständigkeit der Aktiengesellschaft mehr gegeben haben, gleichwohl entspricht es aber dem Sinn und Zweck des § 23 GWB auch derartige Verstärkungen der Konzentration zwischen zwei Unternehmen der Meldepflicht zu unterstellen. Dabei ist auch zu beachten, daß der Erwerb der Aktien durch die offene Handelsgesellschaft möglicherweise ursprünglich lediglich zu Geldanlagezwecken erfolgte, nun jedoch mit der Verschmelzung erst der wirkliche wirtschaftliche Zusammenschluß erfolgt. Es ist also in jedem Fall sachgerecht und im Sinne des § 23 GWB, auch wenn vorher bereits enge Bande zwischen den beteiligten

(1) Böttcher-Meilicke, § 3 Anm. 1

Unternehmen bestanden, die Vorgänge, die unter die Nummern 1 bis 5 fallen, der Meldpflicht zu unterstellen. Abgesehen davon wird es zwischen Unternehmen, die sich im Sinne des § 23 GWB zusammenschließen, immer schon vorher irgendwelche mehr oder weniger enge Beziehungen gegeben haben, da ein derartiger Zusammenschluß niemals kurzfristig vorgenommen wird, insbesondere wenn es sich um größere Unternehmen handelt.

Eine Umwandlung nach § 3 UmwG kann nicht nur vorgenommen werden, wenn die offene Handelsgesellschaft alle Aktien der Aktiengesellschaft im Besitz hat, es genügt auch, wenn sie alle besitzt außer denen, die die Aktiengesellschaft selbst befugtermaßen (§ 71 AktG) besitzt (1), und auch dann, wenn sie mehr als neun Zehntel der Aktien besitzt.

Eine Umwandlung im Sinne des § 3 kann außer mit einer Aktiengesellschaft auch mit einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 23 UmwG), mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 24 UmwG) und einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit oder ohne eigener Rechtspersönlichkeit (§§ 25 ff UmwG), soweit die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, vorgenommen werden.

An die Stelle der übernehmenden offenen Handelsgesellschaft kann auch eine Kommanditgesellschaft (§ 20 UmwG) treten.

Unzulässig ist die Umwandlung jedoch dann, wenn an der Personenhandelsgesellschaft eine Kapitalgesellschaft als Gesellschafter beteiligt ist (§ 1 Abs. 2 UMWG) (2).

Schließlich kann eine Aktiengesellschaft auch auf ihren alleinigen Gesellschafter übertragen werden, wenn sich alle Aktien oder doch mehr als neun Zehntel des Grundkapitals der Aktiengesellschaft in der Hand dieses Gesellschafters befinden (§ 15 UmwG). Dieser alleinige Gesellschafter kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein (3). Er kann sein eine Einzelkaufmannsfirma, eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, eine Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft oder auch ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (4). Ausgeschlossen ist lediglich eine Gesellschaft des BGB und eine Erbengemeinschaft (5).

Durch § 39 EG AktG 1965 sind diese Möglichkeiten jedoch insofern eingeschränkt worden, als die Umwandlung auf einen Aktionär, der eine juristische Person ist, nur zulässig ist, wenn dieser die Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder Kommenditgesellschaft auf Aktien mit Sitz im Inland oder dieselbe Rechts-

---

(1) Böttcher-Meilicke § 3 Anm. 11

(2) eingefügt durch § 39 EG AktG 1965 - BGBl. 1965 I, 1185 ff

(3) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 81 Anh. Anm. 1; Scholz-Fischer-Klein, GmbHG, §§ 80, 81 Anm. 4

(4) Veith-Börnstein, § 15 UmwG Tz 6

(5) Gessler in BB 1956, 1175 (1177)

form wie das umzuwandelnde Unternehmen hat oder wenn sie von einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien mit Sitz im Inland beherrscht wird (§ 1 Abs. 2 UmwG).

Sofern demnach in den Fällen des § 15 UmwG ein Wirtschaftsunternehmen - gleich in welcher Rechtsform - als erwerbender alleiniger Gesellschafter an der Umwandlung beteiligt ist, handelt es sich um die Verschmelzung mit einem anderen Unternehmen im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB, die der Kartellbehörde zu melden ist (1).

Damit sind die Zusammenschlußtatbestände, die unter die Nummer 1 des § 23 Abs. 2 GWB fallen können abschließend behandelt. Es sind dies also :

1. die Verschmelzungen nach dem AktG (§§ 339 bis 358, 360 AktG)
2. die Verschmelzungen nach dem GenG (§§ 93 a bis 93 r GenG) und
3. die verschmelzend übertragende Umwandlung nach dem UmwG (§§ 1 bis 15, 20, 23 bis 29 UmwG).

2.3. Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen.

Unter die Nummer 2 des § 23 Abs. 2 GWB fallen alle Vorgänge, bei denen das Vermögen eines Unternehmens auf ein anderes Unternehmen übergeht und die nicht von der Nummer 1 des § 23 Abs. 2 GWB erfaßt werden. Dieser Einschränkung bedarf es insofern, als auch die Tatbestände der Nr. 1 mit unter die Vorschrift der Nr. 2 fallen würden, gäbe es nicht die getrennte Regelung in zwei verschiedenen Nummern. Grundsätzlich könnte also die Nr. 1, ohne daß auch nur ein Sachverhalt von der Vorschrift des § 23 GWB nicht mehr erfaßt würde, gestrichen werden.

2.3.1. Der Begriff des Vermögenserwerbs eines Unternehmens.

Der Begriff des Erwerbs ist im weitesten Sinne aufzufassen. Er beschränkt sich keineswegs nur auf rechtsgeschäftliche Erwerbsvorgänge im Sinne des § 419 BGB. Der Zweck der Vorschrift, alle Vorgänge zu erfassen, die zu einer Zusammenfassung bisher getrennter Unternehmensvermögen führen, gebietet es, jeden Vorgang dieser Vorschrift zu unterstellen, der effektiv zu einer Zusammenballung bisher getrennter Vermögen führt. Der Erwerb kann also sowohl durch Kauf als auch durch Schenkung, er kann im Wege der Einzelrechtsnachfolge als auch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erfolgen. Der Erwerb kann auch auf Grund einer Erbschaft geschehen, da Erbe auch eine juristische Person (§ 2102 Abs. 2 BGB), eine oHG (§ 124 HGB) und sogar ein nichtrechtsfähiger Verein sein können (2).

---

(1) inwieweit auch die Umwandlung auf eine natürliche Person nach § 15 UmwG der Meldepflicht unterliegt, wird noch zu untersuchen sein - s. dazu Kap. 2.7.

(2) dazu Palandt-Keidel, BGB, § 1923 Anm. 1 b

Wenn der Frankfurter Kommentar einen Erwerbsvorgang auf Grund einer Erbschaft hier ausnehmen will, da es sich dabei um einen Erwerb in der privaten Sphäre des Erben handele (1), so ist diese Ansicht keineswegs begründet. Dabei wird verkannt, daß es der Vorschrift des § 23 GWB allein auf den tatsächlichen Erfolg der Zusammenfassung zweier Unternehmen ankommt. Daher ist schlechthin jeder Erwerb der Vorschrift zu unterstellen (2). Auch der Erwerb auf Grund einer Zwangsversteigerung ist daher meldepflichtig (3), da es nicht auf die Rechtsgrundlagen - hier den Staatsakt - ankommt, nach denen sich der Erwerb vollzieht. Der Begriff "Erwerb" wird auch in der allgemeinen Rechtsterminologie keineswegs auf die Fälle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs beschränkt. Hoche (4) behandelt daher neben den Fällen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs die Fälle, bei denen der Erwerb kraft Gesetzes eintritt, zu denen er auch den Erwerb in der Zwangsversteigerung rechnet.

Erwerb im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist daher auch der Erwerb kraft Verwaltungsaktes bei der Enteignung oder im Zuge einer Sozialisierung von Wirtschaftsunternehmen. Ebenfalls gehört hierher der Erwerb eines Unternehmens nach § 1416 BGB bei der Begründung der Gütergemeinschaft. Lediglich im Fall des § 1431 BGB, wenn nämlich das durch die Begründung der Gütergemeinschaft hinzukommende Unternehmen von dem einbringenden Ehegatten weiter allein und selbständig geführt wird, kann von einem Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens im Sinne von § 23 GWB auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht gesprochen werden.

Schließlich ist hierher auch der Erwerb aus einer Konkursmasse zu rechnen. Daß über das Vermögen des Inhabers oder über das Unternehmen selbst das Konkursverfahren eröffnet ist, kann dem nicht entgegenstehen. Da § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB jedoch von dem Erwerb des Vermögens eines Unternehmens spricht, muß es sich auch tatsächlich noch um das gesamte Unternehmen handeln. Sofern bereits mit der Liquidation begonnen und einzelne Unternehmensteile anderweitig verkauft sind, kann freilich von dem Erwerb des Vermögens eines Unternehmens nicht mehr gesprochen werden. In diesem Fall sind jedoch möglicherweise die Voraussetzungen der Nummer 3 gegeben. Immer muß also das Unternehmen in seiner Gesamtheit als Grundlage der wirtschaftlichen Betätigung noch vorhanden sein (5).

---

(1) Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 15

(2) wie hier Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar §§ 23, 24 Tz 5

(3) Goldmann in WuW 1963, 382

(4) in Palandt-Hoche, BGB, Einf. vor § 929 Anm. 3

(5) ähnlich Goldmann in WuW 1963, 380 f

2.3.2. Der Vermögenserwerb nach § 361 AktG.

Einen der wichtigsten auch im Gesetz geregelten Fälle der Nr. 2 des § 23 GWB enthält die Vorschrift des § 361 AktG. Dabei handelt es sich, wie schon ausgeführt ist (1), um die sogenannte unechte Fusion. Diese Vorschrift umfaßt jede Vermögensübertragung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, die nicht unter die besondern Bestimmungen der §§ 339 bis 360 AktG fällt, also jede Übertragung an andere Personen als Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Darunter fällt auch die Übertragung auf eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, wenn die Gegenleistung nicht in Aktien besteht oder wenn die übertragende Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien ihr ganzes Vermögen überträgt, selbst als Gesellschaft aber bestehen bleibt, oder wenn sie zwar aufgelöst aber auch abgewickelt werden soll.

Der wesentlichste Unterschied zur echten Fusion, die unter Nr. 1 des § 23 Abs. 2 GWB fällt, besteht darin, daß hier keine Gesamtrechtsnachfolge stattfindet, sondern eine Einzelübertragung aller zum Vermögen der Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gehörenden Vermögenswerte erfolgen muß (2). Diese hat nach den jeweils dafür geltenden Vorschriften zu erfolgen, also nach den §§ 398, 413, 873, 925, 926, 929 ff, 1154 und 1250 BGB (3).

Ferner hat die Übertragung des Vermögens nicht notwendig die Auflösung der übertragenden Gesellschaft zur Folge. Diese muß erst gesondert gemäß § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG beschlossen werden. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß die übertragende Gesellschaft mit dem erhaltenen Entgelt ein neues Unternehmen beginnt oder als Holdinggesellschaft bestehen bleibt (4).

Diese Tatsache schließt es daher grundsätzlich, im Gegensatz zu der Verschmelzung nach § 339 AktG, auch nicht aus, daß einzelne Vermögensteile bei der übertragenden Gesellschaft zurückbleiben (5). Wann es sich dabei gleichwohl noch um eine Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens handelt, kann nur auf Grund einer vernünftigen, wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Einzelfalls entschieden werden. Entscheidend ist jeweils, ob das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne in seinen wesentlichen Bestandteilen übertragen werden soll oder ob es sich nur um die Übertragung von Einzelteilen handelt. Eine Veräußerung der gesamten Betriebsanlagen fällt daher nicht unter § 361 AktG, wenn noch wertvolle Effektenbestände zurückbleiben (6). Gleiches muß gelten, wenn das über-

---

(1) s. Kap. 2.2.1.
(2) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 255 Tz 5; von Godin-Wilhelmi, AktG, § 255 Anm. 1; h. M.; a. A. Ritter, AktG, § 255 Anm. 2
(3) in diesem Zusammenhang ist auch auf §§ 1059a, 1092 Abs. 2, 1098 Abs. 3 BGB hinzuweisen
(4) Baumbach-Hueck, AktG, § 255 Anm. 1
(5) so schon RG, U. v. 22. 6. 1908 in RGZ 69, 283 (289)
(6) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 255 Tz 4

tragende Unternehmen erhebliche Außenstände zurückbehält (1). Das ganze Gesellschaftsvermögen wird auch nicht übertragen, wenn das veräußernde Unternehmen mit den zurückbehaltenen Gegenständen eine, wenn auch veränderte Geschäftstätigkeit wieder aufnehmen kann (2). Anders liegt der Fall jedoch, wenn sie dies mit dem erhaltenen Entgelt tut. Es darf sich also bei den zurückbehaltenen Gegenständen jeweils nur um im Verhältnis zum Gesamtvermögen der Gesellschaft geringwertige Vermögensstücke handeln, sofern noch eine Vermögensübertragung im Sinne von § 361 AktG vorliegen soll.

Dabei genügt die Übernahme sämtlicher oder doch der wesentlichen Aktiven (3), die Übernahme der Schulden gehört, im Gegensatz zu den Verschmelzungen nach § 339 ff AktG, nicht zum Begriff der Übernahme des ganzen Gesellschaftsvermögens. Eine Verpflichtung des Übernehmers, die Schulden mitzuübernehmen, ist zwar zulässig, befreiend im Verhältnis zum Gläubiger kann dieses jedoch nur gemäß § 415 BGB erfolgen (4). Der Vermögensbegriff des § 361 AktG ist also der gleiche wie in § 419 BGB und betrifft das Aktivvermögen ohne Abzug der Schulden (5). Anders als bei der Verschmelzung nach den §§ 339 ff AktG bleibt hier die übertragende Gesellschaft grundsätzlich bestehen und kann weiterhin Trägerin der Schulden sein. Sofern sie aufgelöst und abgewickelt wird, können sich die Gläubiger an die Liquidationsmasse halten (§ 268 Abs. 1 AktG). Auch geht das Vermögen nicht als Ganzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über, sondern es bedarf für jedes einzelne Vermögensstück des dafür erforderlichen Übertragungsaktes. Unabhängig davon haftet jedoch der Übernehmer möglicherweise nach § 419 BGB, wenn auch auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt, und unbeschränkt nach § 25 HGB.

Während die übertragende Gesellschaft im Falle des § 361 AktG nur eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien sein kann, kommt als "übernehmende Gesellschaft" jede natürliche oder juristische Person in Betracht (6).

2.3.3. Der Vermögenserwerb im Konkursverfahren.

Eine Vermögensübernahme nach § 361 AktG kann nicht mehr erfolgen, sofern über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet worden ist

---

(1) RG, U. v. 13. 5. 1929 in RGZ 124, 279 (294)

(2) ebenso Brodmann, AktG, § 303 Anm. 2 a; Böttcher-Meilicke, § 255 Tz 11

(3) Baumbach-Hueck, AktG, § 255 Anm. 1

(4) Böttcher-Meilicke, § 255 AktG Tz 12

(5) RG, U. v. 6. 2. 1928 in HRR 1928, 1287; Böttcher-Meilicke § 255 AktG Tz 11; Schilling im Großkommentar z. AktG § 255 Anm. 2; unbestr.

(6) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 255 Tz 6; Schilling, a. a. O., Anm. 3

(§ 207 KO). Mit Eröffnung des Konkursverfahrens wird die Aktiengesellschaft (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG) oder die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 289 Abs. 1 AktG, 131 Nr. 3 HGB) aufgelöst und geht die Verfügungsmacht über das Vermögen der Gesellschaft auf den Konkursverwalter über (§ 117 Abs. 1 KO). Dieser, und nicht mehr die Hauptversammlung bestimmt nunmehr über das weitere Schicksal des Vermögens der Gesellschaft.

Freilich kann nun dieser das Vermögen der Gesellschaft als Ganzes auf ein anderes Unternehmen übertragen (§ 117 Abs. 2 KO). Wenn dieses auch nicht nach § 361 AktG erfolgt, so handelt es sich doch um einen Fall des Erwerbs des Vermögens eines anderen Unternehmens, der nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB ebenfalls der Meldepflicht unterliegt. Gleiches hat auch in allen übrigen Fällen zu gelten, in denen ein Unternehmen das gesamte Vermögen eines anderen Unternehmens vom Konkursverwalter während des Konkursverfahrens erwirbt. Immer muß es sich aber um den Erwerb des gesamten Vermögens handeln. In der Regel wird nun ein derartiger Verkauf nicht in einem Akt erfolgen. Hier könnten sehr wohl Schwierigkeiten auftreten, sofern das Vermögen nach und nach, wenn auch mit zeitlicher Unterbrechung durch das gleiche Unternehmen erworben wird. Rechtlich handelt es sich zwar nicht um den Erwerb des ganzen Vermögens, da jeweils neue Verträge über die einzelnen Teile abgeschlossen werden. Vom Sinn und Zweck des § 23 GWB aus gesehen mag es jedoch sehr zweifelhaft sein, ob derartige Vorgänge außerhalb der Meldepflicht stehen sollen. Auch liegt die Gefahr einer Umgehung des § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB in derartigen Fällen besonders nahe. Diese Schwierigkeiten könnten vermieden werden, wenn man der Meldepflicht den Akt unterstellt, der sich auf den letzten Teil des Vermögens des Unternehmens bezieht, da dieser in diesem Augenblick das gesamte Vermögen des Unternehmens ausmacht. Das kann jedoch nur außerhalb des Konkursverfahrens gelten und auch nur, sofern hier auch die gesamten bereits durch die vorhergehenden Verkäufe erzielten Erlöse - seien es Geld- oder Sachwerte - mit verkauft werden, da man andernfalls nicht von der Veräußerung des gesamten Vermögens sprechen kann. Beim Konkursverfahren wird der Erlös aus den vorhergehenden Verkäufen regelmäßig nicht mitveräußert, da dieser zur Befriedigung der Gläubiger verwandt wird. Dann kann man aber auch bei weitester Auslegung des § 23 GWB nicht von dem Erwerb des ganzen Vermögens eines Unternehmens sprechen. Dieser Lösungsweg ist also nicht gangbar.

Daher kann hier nur eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu einem dem Sinn und Zweck des § 23 GWB entsprechenden Ergebnis führen. Wirtschaftlich gesehen handelt es sich aber regelmäßig in einem derartigen Fall, in dem das Vermögen zwar stückweise, aber jeweils von demselben Erwerber erworben wird, um einen einheitlichen Vorgang, so daß es gerechtfertigt ist, auch hier von dem Erwerb des Vermögens eines Unternehmens zu sprechen.

Gleichwohl kann das nicht unbeschränkt gelten. Liegen die Erwerbsvorgän-

ge über Jahre auseinander und haben auch zwischenzeitlich keinerlei Verhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden, so wäre es nicht gerechtfertigt, auch hier von dem Erwerb des ganzen Unternehmensvermögens zu sprechen. Sofern jedoch zwischen den einzelnen Akten irgendwelche, wenn auch lose Zusammenhänge feststellbar sind, liegen die Voraussetzungen des § 23 GWB vor. Deutlichstes Merkmal wird regelmäßig eine kurze zeitliche Aufeinanderfolge der einzelnen Erwerbungsakte sein. Stehen die Parteien während der gesamten Zeitspanne, in der die einzelnen Geschäfte abgeschlossen werden, in engen Verbindungen miteinander, so spricht das ebenfalls dafür, daß hier wirtschaftlich ein einheitlicher Erwerb des gesamten Vermögens erfolgt. Unterstrichen werden kann der Zusammenhang etwa auch dadurch, daß dem Erwerber bei Erwerb des ersten Teils bereits ein Vorkaufsrecht oder ein sonstiges Anwartschaftsrecht auf die übrigen Teile des Vermögens des Unternehmens vertraglich eingeräumt wird. Überhaupt immer dann, wenn auf Grund der gesamten Umstände die einzelnen Teilakte insgesamt gesehen als eine Einheit erscheinen, ist § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB anzuwenden. Das hat ebenfalls zu gelten, wenn aus den übrigen Umständen des Erwerbs hervorgeht, daß die Aufteilung in die einzelnen Akte allein oder überwiegend aus dem Grunde erfolgte, um die Vorschrift des § 23 GWB zu umgehen. Nur auf diesem Wege läßt sich auch in derartigen Fällen eine dem § 23 GWB entsprechende sachgerechte Lösung finden, wobei diese Prüfung nicht nur im Falle des stückweisen Ankaufs eines Unternehmens aus der Konkursmasse, sondern in allen Fällen zu erfolgen hat, in denen ein Unternehmen in kurzer Zeit wenn auch in mehreren Teilakten das Vermögen eines anderen Unternehmens erwirbt.

2.3.4. Sonstige Fälle des Vermögenserwerbs nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

Neben der Vermögensübernahme eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen nach § 361 AktG ist jede sonstige Art der Vereinigung zweier Unternehmen, die nicht bereits nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB meldepflichtig ist, nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB meldepflichtig. Entscheidend ist jeweils nur, daß im Endergebnis die Vermögen zweier Unternehmen in ihrer Gesamtheit zusammengefaßt sind, wobei die Meldepflicht, wie dargelegt, unter Umständen auch dann besteht, wenn die Vereinigung nicht in einem Akt erfolgt.

Der Vermögensbegriff der Nr. 2 ist der gleiche wie in § 361 AktG (1) und in § 419 BGB (2), so daß die dortigen Ausführungen für alle Fälle der Nr. 2 gelten können. Darunter fällt also die Summe aller Vermögensgegenstände und vermögenswerter Rechte. Nicht erforderlich ist, daß auch die Schulden mitübernommen werden, wenngleich der Übernehmer möglicherweise nach §§ 25, 27 HGB

(1) Schilling im Großkommentar zum AktG, § 255 Anm. 2 u. Kap. 2.3.2.
(2) Frankfurter Kommentar § 23 Tz 16

oder auch nach § 419 BGB für die Verbindlichkeiten wird haften müssen (1). Ebenso wie in § 419 BGB (2) und in § 361 AktG (3) steht der Anwendung der Nr. 2 nicht entgegen, wenn im Verhältnis zum Gesamtvermögen geringwertige Gegenstände von der Übertragung ausgenommen werden. Anders als bei der Verschmelzung gemäß § 339 AktG ist es keineswegs Kennzeichen der Vermögensübertragung im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB, daß das übertragende Unternehmen erlischt. Dieses kann vielmehr mit dem Firmenmantel weiterbestehen und daher auch geringwertige Gegenstände zurückbehalten.

Dem Frankfurter Kommentar ist darin zu folgen, daß es nicht darauf ankommt, ob der Erwerber wie bei dem Vermögenserwerb nach § 419 BGB wissen muß, daß es sich um das gesamte Vermögen des Veräußerers handelt (4), da der Meldepflichtige dieser Pflicht erst nachkommen kann, wenn er die objektiven Voraussetzungen kennt, und sei es auch nur, daß er von der Kartellbehörde darauf hingewiesen wird (5). Vorher kann auch eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht vorliegen. Die Frage ist also hier ohne Bedeutung.

Zusammenfassend läßt sich also als Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB jeder Vorgang bezeichnen, der nicht unter die Nr. 1 fällt, und bei dem das Vermögen eines Unternehmens insgesamt oder doch zum weit überwiegenden Teil auf ein anderes Unternehmen übergeht, ohne daß es darauf ankommt, welches rechtliche Verhältnis diesem Übergang zugrunde liegt.

2.4. Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen.

Der Meldepflicht des § 23 GWB unterliegt auch der Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen.

Während in den Nummern 1 und 2 des § 23 Abs. 2 GWB noch das gesamte Unternehmen (Nr. 1) oder doch zumindest die gesamte oder überwiegende wirtschaftliche Grundlage seiner bisherigen wirtschaftlichen Tätigkeit (Nr. 2) bei dem Erwerbsvorgang erfaßt wird und somit der Meldepflicht unterfällt, werden in Nr. 3 auch Vorgänge dem Tatbestandsmerkmal "Zusammenschluß von Unternehmen" unterstellt, die nur einen Teil eines Unternehmens, nämlich eine Betriebsstätte zum Gegenstand haben. Daß damit nicht etwa nur solche Zusammenschlüsse gemeint sind, bei denen die Betriebsstätte das gesamte Unternehmen

(1) Schilling, a. a. O., § 255 Anm. 2
(2) dazu Palandt-Danckelmann, BGB, § 419 Anm. 2
(3) s. Kap. 2. 3. 2.
(4) dazu Palandt-Danckelmann, BGB, § 419 Anm. 3 c
(5) Frankfurter Kommentar § 23 Tz 16 a. E.

ausmacht, folgt aus dem Aufbau der Vorschrift, die den Erwerb des (gesamten) Vermögens eines Unternehmens und den Erwerb einer Betriebsstätte eines Unternehmens nebeneinander regelt. Die Fälle, bei denen die Betriebsstätte also bereits das gesamte Vermögen des Unternehmens ausmacht, fallen unter die Nr. 2 des § 23 Abs. 2 GWB, und die Nr. 3 soll erkennbar nur die Vorgänge erfassen, bei denen die betreffende Betriebsstätte nur einen Teil des Unternehmensvermögens ausmacht.

Dieser Tatbestand des § 23 Abs. 2 GWB entfernt sich also erheblich von dem allgemeinen Sprachgebrauch, der unter Zusammenschluß die völlige Vereinigung zweier Unternehmen zu einem einzigen versteht. Vom Sinnd und Zweck der Vorschrift her gesehen, nämlich die Konzentration bedeutender Marktmacht an einer Stelle der Kartellbehörde zur Kenntnis zu bringen und dort zu registrieren, um einen Überblick über den Konzentrationsgrad in der westdeutschen Wirtschaft zu erhalten, erscheint es aber durchaus sachgerecht, wenn nicht sogar erforderlich, auch derartige Vorgänge, die nur eine Betriebsstätte eines Unternehmens erfassen, der Meldepflicht zu unterstellen. Einzelne Unternehmen in der westdeutschen Wirtschaft haben eine derartige Ausdehnung und Größe erreicht, daß ihre einzelnen Betriebsstätten schon selbst im Verhältnis zu vergleichbaren anderen Unternehmen wie ein ganzes Unternehmen erscheinen und im Hinblick auf den Wettbewerb auch eine vergleichbare Bedeutung haben (1). Als Beispiel sei hier die Volkswagenwerk AG in Wolfsburg mit ihren bedeutenden Betriebsstätten in Hannover, Braunschweig, Kassel und Emden genannt. Jede dieser Betriebsstätten hat eine solche Bedeutung und der Erwerb einer dieser Betriebsstätten durch ein anderes Unternehmen würde auch so erhebliche Auswirkungen auf die Verteilung der wirtschaftlichen Macht auf dem Gebiet des Automobilbaues haben, daß es sogar unbedingt erforderlich erscheint, hier ebenfalls die Meldepflicht zu normieren.

2.4.1. Der Erwerbsvorgang.

Unter Erwerb einer Betriebsstätte versteht § 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB den Erwerb der Betriebsstätte zu Eigentum. Es genügt also keine nur vorübergehende Überlassung, etwa in der Form einer Pacht. Ein derartiger Vorgang fällt aber möglicherweise, was noch zu untersuchen sein wird, unter die Nummer 4 des § 23 Abs. 2 GWB. Auch die Einräumung eines dinglichen Nutzungsrechtes würde nicht darunter fallen. Abgesehen davon, daß die Einräumung eines dinglichen Nutzungsrechts keinen Erwerb zu Eigentum darstellt, geht dies auch aus der Entstehungsgeschichte des § 23 GWB hervor. Entgegen dem Regierungsentwurf, der unter § 19 Nr. 1 auch den Erwerb eines dinglichen Nutzungsrechts an Betriebsstätten anderer Unternehmen geregelt hatte (2), ist dieser Tatbestand auf Vorschlag des Ausschusses für

(1) so auch Friedlaender, Konzernrecht, S. 33

(2) abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1044

Wirtschaftspolitik (1) nicht mehr in die endgültige Fassung übernommen worden. Dies kann nur so verstanden werden, daß ein derartiger Vorgang von dieser Nummer nicht erfaßt werden sollte (2).

Wie das Eigentum an der Betriebsstätte erworben wird, ob durch Rechtsgeschäft oder auf Grund eines Vermächtnisses oder eines Testaments, ob durch Ankauf aus einer Konkursmasse oder durch staatlichen Hoheitsakt etwa auf Grund einer Enteignung, ob im Wege der Einzelrechtsnachfolge oder ob im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, kann im Rahmen dieser Vorschrift völlig gleichgültig sein. Auch ob eine Gegenleistung erbracht und in welcher Höhe, kann offenbleiben. Auch hier kommt es wie in § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB (3) allein auf den Erfolg an, den die Vorschrift durch die Meldepflicht der Kartellbehörde zur Kenntnis bringen will. Dies folgt aus dem Zweck der Vorschrift, bestimmte Arten von Konzentrationsvorgängen, die zu einer Verstärkung wirtschaftlicher Macht führen können, der Anzeigepflicht zu unterstellen.

2.4.2. Der Begriff der Betriebsstätte.

Der Zweck des Gesetzes ist auch bei der Bestimmung des Begriffs Betriebsstätte zu beachten. Es kann dem Frankfurter Kommentar aber darin keineswegs gefolgt werden, daß sich aus dem Zweck des Gesetzes bereits ergebe, daß Betriebsstätte im Sinne dieser Vorschrift nur ein Unternehmensteil sei, der in sich eine Einheit bildet, da nur ein solcher Unternehmensteil Einfluß auf die Marktsituation haben könne, der gegenüber den anderen Unternehmensteilen eine eigenständige Bedeutung besitze (4).

Diese Begründung ist keineswegs zwingend. Es sind durchaus unselbständige Teile eines Betriebes oder eines Unternehmens vorstellbar, die auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch keineswegs eine Betriebsstätte darstellen, aber gleichwohl bedeutenden Einfluß auf die Marktsituation besitzen können. Erwähnt sei hier nur eine Stahlwalzstraße, die ohne alle für ihre Inbetriebnahme weiter erforderlichen Einrichtungen wie Motore, Aggregate und Einrichtungen für den An- und Abtransport veräußert wird. Es kann kein Zweifel bestehen, daß diese Dinge erst gemeinsam eine Einheit bilden, daß aber andererseits die Stahlstraße allein durchaus eine Bedeutung für den Markt haben kann, wenn sie auch, was noch zu untersuchen sein wird, nicht als Betriebsstätte im Sinne der Nummer 3 des § 23 Abs. 2 GWB anzusehen ist.

---

(1) s. Bericht des Abgeordneten Illerhaus, abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1191

(2) ebenso Langen, GWB, § 23 Anm. III, 3; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 24 Tz 2

(3) Kap. 2.3.1.

(4) Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 17

Eine andere Frage ist es allerdings, ob sich aus dem Begriff der Betriebsstätte selbst unter Umständen ergibt, daß es sich nur um einen selbständigen Teil eines Unternehmens handeln kann. Der Zweck des Gesetzes, Zusammenschlußvorgänge zu erfassen, die zu einer Veränderung der Marktsituation führen können, ergibt das also nicht.

Der Begriff der Betriebsstätte ist für das deutsche Recht jedoch keineswegs neu. Eine feststehende Bedeutung hat er im Steuerrecht gefunden. So ist er im Gewerbesteuerrecht für die Frage von Bedeutung, welcher Gemeinde die Gewerbesteuer zusteht und welches Finanzamt für die Festsetzung und die Zerlegung des Steuermeßbetrages zuständig ist. Dieses richtet sich danach, ob und in welcher Gemeinde sich eine Betriebsstätte eines Gewerbebetriebes befindet (§§ 2, 4 GewStG, 72, 73 AO) (1).

Insbesondere wenn sich Betriebsstätten desselben Gewerbebetriebes in mehreren Gemeinden befinden, ist zu prüfen, ob es sich bei den in Frage kommenden Unternehmensteilen überhaupt um Betriebsstätten handelt (2) und ferner, ob es sich um mehrere Betriebsstätten oder um eine sogenannte mehrgemeindliche einheitliche Betriebsstätte handelt (3). Je nachdem, wie diese Frage im Einzelfall zu beantworten ist, erfolgt auch eine unterschiedliche Verteilung des Steueraufkommens der Unternehmensteile auf die beteiligten Gemeinden (§§ 28, 29 oder 30 GewStG).

Eine für alle deutschen Steuergesetze einheitliche Definition findet sich daher im § 16 StAnpG, der die Betriebsstätte im Sinne der Steuergesetze definiert als jede feste örtliche Anlage oder Einrichtung, die der Ausübung des Betriebes eines stehenden Gewerbes dient. Nach dieser Vorschrift sind Betriebsstätten die Stätten, an der sich die Geschäftsleitung befindet, Zweigniederlassungen, Fabrikationsstätten, Warenlager, Ein- und Verkaufsstätten, Landungsbrücken (Anlegestellen von Schiffahrtsgesellschaften), Kontore und sonstige Geschäftseinrichtungen, die dem Unternehmen oder einem ständigen Vertreter zur Ausübung des Gewerbes dienen und schließlich Bauausführungen, wenn die Dauer der einzelnen Bauausführungen oder mehrerer ohne Unterbrechung aufeinander folgender Bauausführungen in einer Gemeinde sechs Monate überstiegen hat oder voraussichtlich übersteigen wird (4).

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes ist eine Betriebsstätte immer dann anzunehmen, wenn "in räumlicher, organisatorischer, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht ein einheitliches Ganzes besteht (5). Dabei ist die räum-

---

(1) dazu Müthling, GewStG, § 2 Anm. 32

(2) dazu Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, GewStG, § 28 Anm. (1a) 3

(3) dazu Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, GewStG, § 30 Anm. I, 2

(4) zum Betriebsstättenbegriff in den Doppelbesteuerungsabkommen s. insbes. Bühring, Grundsätze der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen in BB 1954, 482 (484); Korn-Dietz, Doppelbesteuerung, Vorbem. IV, 4; Frankfurter Kommentar, § 23 Gz 19

(5) BFH, Beschl. v. 26. 10. 54 in BStBl. III, 372

liche Verbundenheit das wichtigste Merkmal, denn "es müssen jedenfalls ganz besonders gelagerte Verhältnisse vorliegen, um bei räumlicher Verbundenheit eine Mehrheit von Betriebsstätten anzunehmen" (1). Die räumliche Verbundenheit ist aber nicht so eng aufzufassen, daß schon die Trennung durch einen kleinen Bach oder eine Straße eine Betriebsstätte rechtlich in zwei trennt. Es entscheidet insofern die Verkehrsauffassung, ob eine geschlossene Einheit gegeben ist. Liegen die Betriebsstätten allerdings in verschiedenen Stadtteilen, so ist die räumliche Verbundenheit zu verneinen (2).

Dieser im Steuerrecht erarbeitete Betriebsstättenbegriff ist auch für § 2 DM-Bilanzgesetz übernommen worden (3). Ebenso ist er auch auf § 2 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern übertragen worden (4).

Im Arbeitsrecht findet sich der Betriff der Betriebsstätte selbst nicht, er wird jedoch stellenweise zur Abgrenzung des Betriebsbegriffs verwendet, da dieser im Arbeitsrecht als Anknüpfungspunkt für die Bildung von Betriebsräten Bedeutung hat (§ 1 BetrVG). Während der Betrieb als die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln verstanden wird, mit deren Hilfe jemand allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt (5), wobei nur ein allgemeiner räumlicher Zusammenhang gefordert wird, ist für die Betriebsstätte nicht die einheitliche Organisation, sondern das Bestehen einer geschlossenen räumlichen Anlage erforderlich (6). Jeder Betrieb kann danach mehrere Betriebsstätten besitzen, sofern nur die organisatorische Einheit gegeben ist, umgekehrt kann aber auch eine Betriebsstätte mehrere Betriebe vereinigen, wenn diese trotz organisatorischer Trennung in einer Betriebsstätte arbeiten (7).

Der Begriff der Betriebsstätte findet sich schließlich noch in der Gewerbeordnung (§ 25 GewO) zur Bezeichnung von Unternehmensteilen, deren Betrieb einer besonderen Erlaubnis bedarf. Betriebsstätte im Sinne dieses Gesetzes ist "der ganze zur Ausübung des Gewerbes benützte Raum samt seinen Zubehörungen"(8). Auch hier wird die räumliche Verbundenheit wie im Steuerrecht dann angenommen, wenn sich die Fabrikanlagen auf einem zusammenhängenden oder

---

(1) BFH, Beschl. v. 18.4.51 in BStBl. III, 124

(2) Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, GewStG, § 2 Anm. 85 f

(3) Geiler-Stehlitz-Veith, DM-BG, § 2 Anm. II B 1 b; Baumbach-Duden, HGB, § 13 Anm. 1 E, F

(4) Frentzel-Jäkel, Komm. z. Industr. - u. Handelk. G, § 2 Anm. 2

(5) BAG, Beschl. v. 3.12.54 im BB 1955, 65; Fitting-Kraegeloh-Auffahrth, BetrVG, § 3 Tz 2 ff

(6) Butz in DB 1952, 250 (251)

(7) Galperin-Siebert, BetrVG, § 1 Anm. 16 u. 18; Dietz, BetrVG, § 1 Tz 56

(8) Landmann-Rohmer, GewO, § 25 Anm. 2

nur durch unwesentliche Unterbrechungen getrennten Grundstück befinden (1).

Der Überblick über den Begriff der Betriebsstätte in den verschiedenen Rechtsdisziplinen zeigt, daß man praktisch von einem in der gesamten Rechtswissenschaft einheitlichen Begriff sprechen kann. Kleinere Abweichungen, die sich aus der besonderen Zweckbestimmung des Begriffs in den speziellen Gesetzen ergeben, können dabei unberücksichtigt bleiben.

Es sind nun keine Momente ersichtlich, die dagegensprechen, diesen allgemein gebrauchten Begriff, so wie ihn auch die Verfasser des GWB bereits vorgefunden haben, in seiner herkömmlichen Bedeutung auf das GWB zu übernehmen. Dabei ist wiederum der Zweck der Vorschrift zu beachten, Konzentrationsvorgänge in der Wirtschaft, die zu einer Zusammenballung wirtschaftlicher Macht und wirtschaftlicher Produktionsfaktoren an bestimmten Stellen führen, der Kartellbehörde durch die Meldepflicht zur Kenntnis zu bringen.

Während die Nummern 1 und 2 des § 23 Abs. 2 GWB Konzentrationen erfassen, die das Unternehmen in seiner Gesamtheit erfassen, will die Nr. 3 auch solche Vorgänge erreichen, die sich nur auf einen Teil erstrecken. Um diese Meldepflicht aber nicht zu weit auszudehnen, ist der Begriff der Betriebsstätte gewählt worden, der, das dürfte den Gesetzesverfassern bekannt gewesen sein, bereits bei der Abfassung der Bestimmungen einen festen Inhalt hatte. Daher wird man diesen Betriebsstättenbegriff auch im Rahmen der Nr. 3 des § 23 Abs. 2 GWB heranziehen dürfen.

Diesen Begriff, in den § 23 GWB eingeordnet, kann man demnach auf Grund der bisherigen Untersuchungen definieren als eine Abteilung eines Unternehmens, die wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und durch ihre räumliche Einheit gekennzeichnet ist.

Der neutrale Begriff der Abteilung im Rahmen dieser Definition soll besagen, daß es sich niemals um das Gesamtunternehmen handelt. Dieses fällt, wie schon ausgeführt, unter die Nummern 1 und 2. Der Begriff soll aber andererseits auch zum Ausdruck bringen, daß sowohl der Erwerb einer Betriebsstätte als auch der Erwerb eines Betriebes, wenn dieser aus einer Betriebsstätte besteht, darunter fallen. Selbstverständlich fällt auch darunter der Erwerb einer Betriebsstätte, die aus mehreren Betrieben besteht.

Diese Abteilung muß wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, da der Begriff des Gewerbes im Sinne der Gewerbeordnung für den § 23 GWB zu eng ist (2). Andererseits wird eine Abteilung, die reine Verwaltungstätigkeit ausübt, nicht als Betriebsstätte im Sinne des GWB anzusehen sein, da sie nicht zu einer Zusammenfassung wirtschaftlicher Macht führt. Das folgt wiederum aus dem Zweck des Gesetzes.

Die räumliche Einheit ist stets gegeben, wenn sich die Abteilung auf einem

(1) Landmann-Rohmer, GewO, § 25 Anm. 3

(2) Gandenberger, S. 51, 58

zusammenhängenden Grundstück befindet. Unschädlich ist es, wenn die zusammenhängenden Grundstücke verschiedenen Besitzern gehören, etwa wenn sie gepachtet sind, oder wenn die räumlich zusammenhängende Betriebsstätte über mehrere Gemeindegebiete geht (1). Die räumliche Einheit ist hier im wirtschaftlich tatsächlichen Sinn zu verstehen. Die Einheit ist auch gegeben, wenn die Betriebsstätte lediglich durch eine Straße, einen kleinen Bach oder ähnlichem getrennt ist (2). Ist jedoch in einem derartigen Fall der wirtschaftliche, technische und organisatorische Aufbau der beiden Teile derartig unterschiedlich, daß man von einer einheitlichen Betriebsstätte schlechthin nicht mehr sprechen kann, so sind unter Umständen auch räumlich derartig eng aneinander gerückte Unternehmensteile schon als zwei Betriebsstätten anzusehen (3). Denkbar wäre das bei der Trennung durch eine Eisenbahnlinie, die in nächster Nähe keine Übergänge hat und daher zu einem völligen Eigenleben der beiden Teile führt. Die Frage ist jedoch von untergeordneter Bedeutung, da in der Regel beide "Teile" von einem Erwerbsvorgang erfaßt werden und die Frage, ob eine oder zwei Betriebsstätten vorliegen, praktisch keine Bedeutung erlangt. Wird jedoch nur der eine Teil erworben, so kann bereits diese Tatsache für das Vorliegen einer getrennten Betriebsstätte sprechen, wenngleich auch noch alle weiteren Momente zu berücksichtigen sind, insbesondere inwieweit die beiden Teile wirtschaftlich, technisch und organisatorisch voneinander getrennt leben.

Liegen die in Frage kommenden Betriebsteile nicht unmittelbar aneinander, so kann gleichwohl der räumliche Zusammenhang zwischen den verschiedenen auseinanderliegenden Betriebsanlagen, etwa einer Kohlengrube und einer Kohlendestillation, auch durch Werkbahnen, Drahtseilbahnen und Privatwege hergestellt werden. Immer müssen aber in solchen Fällen die verschiedenen Anlagen nach der Verkehrsauffassung eine in sich geschlossene Einheit bilden (4). Das ist zum Beispiel nicht der Fall, wenn die Zechenbahn nur dazu dient, die Abfuhr der Zechenprodukte mehrerer Kohlengruben zu einem gemeinsamen Hafen zu ermöglichen. Dient dagegen die Bahn dazu, die Produkte von der einen Anlage zur Weiterverarbeitung zu der anderen Anlage zu befördern, so ist der räumliche Zusammenhang gegeben (5). Kein räumlicher Zusammenschluß wird freilich durch den Anschluß an eine gemeinsame Telefonanlage, an ein gemeinsames Wasserrohrnetz und an ein gemeinsames Elektrizitätswerk bewirkt (6).

Wenn somit im Rahmen des § 23 GWB auch die räumliche Einheit als wesentlichstes Merkmal der Betriebsstätte zu nennen ist, so dürfen doch wirtschaftliche, technische und organisatorische Momente nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Das würde etwa in dem Fall deutlich, daß ein Unternehmen in unmit-

(1) Müthling, GewStG, § 2 Anm. 32
(2) Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, GewStG, § 2 Anm. 86
(3) ähnlich Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 23
(4) Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, GewStG, § 2 Anm. 86
(5) OVG in RuPrVerwBl, Bd. 51 (1930), 598 - U. v. 14.1.1930
(6) OVG in RuPrVerwBl, Bd. 54 (1933), 112 - E. v. 1.12.1931

telbarer Nachbarschaft, und sei es auch auf demselben Grundstück - etwa in verschiedenen Gebäuden oder Etagen -, zwei gäzlich verschiedenartige Produktionsstätten betreibt, sei es, daß diese verschiedenen Branchen oder sei es, daß sie verschiedenen Produktionsstufen angehören. Sofern hier keine oder nur lose wirtschaftliche, technische und organisatorische Verbindungen zwischen den beiden Unternehmensteilen feststellbar sind, kann von einer einheitlichen Betriebsstätte nicht gesprochen werden. Trotz der räumlichen Einheit sind bei dieser Sachlage daher zwei Betriebsstätten anzunehmen, die jede für sich unter § 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB fallen. Es wird also deutlich, daß man den Betriebsstättenbegriff letzlich nur an Hand des Einzelfalls richtig wird anwenden können. Immer ist aber von der räumlichen Einheit auszugehen, erst in zweiter Linie sind die weiteren hier genannten Momente, soweit Anhaltspunkte dafür vorliegen, zu beachten.

Nicht erfaßt wird von der Nummer 3 jedoch ein Vorgang, der nur einen Teil einer eindeutig als Betriebsstätte zu kennzeichnenden Einheit, also etwa die schon genannte Stahlwalzstraße, erfaßt, auch wenn dieser Teil für die Marktsituation von Bedeutung ist. Einen derartig weitgehenden Eingriff in die unternehmerische Betätigung wollte der Gesetzgeber erkennbar nicht vornehmen.

Zusammenfassend wieder kann der Tatbestand der Nr. 3 des § 23 Abs. 2 GWB dahingehend gekennzeichnet werden, daß er jeden Vorgang erfaßt, der zu einer Übertragung eines wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Unternehmensteils auf ein anderes Unternehmen zu Eigentum führt, wobei der Unternehmensteil gekennzeichnet ist durch seine räumliche Zusammenfassung zu einer selbständigen als Einheit erscheinenden Unternehmensabteilung, die im übrigen auch wirtschaftlich, technisch und organisatorisch in gewisser Weise verselbständigt ist, wobei die drei letztgenannten Merkmale von untergeordneter Bedeutung sind.

2.5. Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen.

2.5.1. Allgemeine Bemerkungen.

Die Nr. 4 des § 23 Abs. 2 GWB unterstellt auch Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen einer Meldepflicht. Während schon bei dem Tatbestand der Nr. 3 von einem echten Zusammenschluß im herkömmlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden kann, da dieser nur den Zusammenschluß mit einem Teil eines anderen Unternehmens erfaßt, ist dies bei dem Tatbestand der Nr. 4 noch weniger möglich. Dieser erfaßt vielmehr Vorgänge, die sich lediglich auf einen Teil eines Unternehmens, nämlich eine Betriebsstätte beziehen - insofern gleichen sich die beiden Num-

mern -, im Gegensatz zu der Nr. 3 wird aber keine Veränderung an den Eigentumsverhältnissen der Unternehmen bewirkt. Es handelt sich vielmehr um schuldrechtliche Verträge, die aber insofern berechtigterweise in den § 23 GWB aufgenommen worden sind, da sie wirtschaftlich den gleichen Erfolg haben, wie eine Übertragung der betroffenen Unternehmensteile zu Eigentum, nur mit der Einschränkung, daß der "Zusammenschluß" auf die Dauer des Vertrages beschränkt ist. Auf eine derartige wirtschaftliche Verstärkung einer Marktposition kommt es im Rahmen des § 23 GWB aber in erster Linie an.

Der Betriebsstättenbegriff der Nr. 4 ist hier in gleichem Sinne zu verstehen wie in Nr. 3, es kann daher auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (1).

Einer Definition bedürfen jedoch die Begriffe Betriebsüberlassungsvertrag und Betriebsführungsvertrag. Aus dem Gesetz selbst läßt sich nicht ersehen, was unter derartigen Verträgen zu verstehen ist. Sie sind jedoch in der Rechtswissenschaft keineswegs neu. Insbesondere im Steuerrecht (2) und im Recht der Aktiengesellschaft (3), ferner im Konzernrecht (4), sofern man dieses als eine von dem Recht der Aktiengesellschaft verschiedene Rechtsdisziplin behandeln will, spielen sie eine nicht unbedeutende Rolle. Gleichwohl hat sich bisher kein einheitlicher für die gesamte Rechtswissenschaft verbindlicher Sprachgebrauch herausgebildet (5). Das mag einmal an der Mannigfaltigkeit der wirtschaftlichen Erscheinungsformen liegen, die einer Unterordnung der zahlreichen Vertragsmodifikationen unter wenige starre Begriffe entgegenstehen. Andererseits auch werden die Begriffe in den verschiedenen Rechtsdisziplinen (Steuerrecht, Gesellschaftsrecht) zu ganz verschiedenen Zwecken verwandt, so daß schon daher eine differenzierende Betrachtungsweise erforderlich ist.

Will man daher eine Definition der beiden Begriffe in § 23 GWB finden,

---

(1) s. Kap. 2.4.2.

(2) dazu Wirckau, Unternehmenszusammenschluß und Umsatzsteuer in StuW 1934 Teil I, Sp. 698 (714 f); Plückebaum-Malitzky, UStG, §§ 1-3 Tz 399/400; Sölch-Ringleb, UStG, § 1 Tz 48

(3) dazu insbes. Würdinger, Aktienrecht, S. 196 ff; Schilling im Großkommentar z. AktG § 256 Anm. 17 ff; Schmidt-Meyer-Landrut, ebenda, § 15 Anm. 4; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 256 Tz 9 ff; Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 319 ff; s.a. § 281 AktG 1965

(4) ausf. Haussmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassung, 1. Teil, S. 113 ff; ders. Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, 2. Teil, S. 107 ff; Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 62 f; Friedlaender, Konzernrecht, S. 101 ff

(5) so auch Frankfurter Kommentar § 23 Tz 28; s. insbes. Würdinger, Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes in DB 1958, 1447, 1449 f

so wird man an dem bisherigen Sprachgebrauch nicht vorbeigehen können (1), da auch die Gesetzesverfasser diesen bei der Abfassung des § 23 GWB vorgefunden haben. Andererseits ist aber in besonderem Maße der Zweck des § 23 GWB zu berücksichtigen und seine Aufgabe, die ihm im Rahmen des GWB zugedacht ist.

Auszugehen ist bei der Untersuchung der beiden Begriffe von der Tatsache, daß es sich bei beiden Tatbestandsmerkmalen des § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB um Verträge handelt, die die Eigentumslage der beteiligten Unternehmen nicht verändern, gleichwohl aber den wirtschaftlichen Einflußbereich des jeweils begünstigten Unternehmens vergrößern (2). Das ergibt sich einmal aus der Fassung des § 23 GWB selbst, der nebeneinander den Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen (Nr. 3) und sonstige Verträge, nämlich Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen (Nr. 4) regelt. Aus diesem Nebeneinander folgt, daß die Verträge der Nr. 4, anders als die der Nr. 3, eine Änderung an den Eigentumsverhältnissen nicht bewirken. Andererseits bestehen insoweit auch in den übrigen Rechtsdisziplinen, in denen diese beiden Begriffe gebraucht werden, keinerlei Meinungsverschiedenheiten (3).

Darüberhinaus läßt sich aber ein einheitlicher Sprachgebrauch nicht feststellen.

2.5.2. Der Betriebsüberlassungsvertrag.

2.5.2.1. Vorbemerkung.

Bei der Untersuchung über das Wesen des Betriebsüberlassungsvertrages ist von der Bezeichnung dieses Vertrages auszugehen, wie sie im GWB gebraucht wird. Diese ergibt, daß es sich um einen Vertrag handelt, der die Überlassung eines Betriebes an ein anderes Unternehmen zum Gegenstand hat. Auf Grund der vorhergehenden Erörterung kann hinzugefügt werden, daß es sich um eine Überlassung handelt, die nicht zu Eigentum erfolgt, da derartige eigentumsmäßige Verschiebungen unter den am Wirtschaftsverkehr Beteiligten der Meldepflicht des § 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB unterliegen.

---

(1) ähnl. Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 7; Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 28

(2) Bartholomeyczik a.a.O.; Müller-Gries, GWB, §§ 23, 24 Tz 2/3; Frankfurter Kommentar § 23 Tz 24

(3) Schilling im Großkommentar zum AktG § 256 Anm. 4; Friedlaender, Konzernrecht, S. 101; Sölch-Ringleb, UStG, § 1 Tz 48; Haussmann, 1. Teil, S. 113; unbestr.

2.5.2.2. Der eigentliche Betriebsüberlassungsvertrag.

Wenn somit auch der Wortlaut der Vorschrift keine weiteren Anhaltspunkte dafür enthält, wie ein derartiger Überlassungsvertrag ausgestaltet sein muß, damit er der Meldepflicht des § 23 GWB unterliegt, so lassen sich diese doch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift in Verbindung mit dem Gesamtaufbau des § 23 GWB gewinnen. Diese Vorschrift soll der Kartellbehörde Kenntnisse von Konzentrationsvorgängen und Verschiebungen von Machtpositionen auf dem Markt vermitteln, die möglicherweise zu einer Gefährdung des Wettbewerbs führen. Während in den Nummern 1 bis 3 Vorgänge erfaßt werden, die zu eigentumsmäßigen Zusammenfassungen von Unternehmen oder Unternehmensteilen führen und dadurch die Marktposition der Beteiligten verändern, geht die Nr. 4 von der Erkenntnis aus, daß derartige Verschiebungen der Marktpositionen auch durch nichteigentumsmäßige Verknüpfungen bewirkt werden können. Als eine derartige nicht eigentumsmäßige Verbindung sieht die Vorschrift den Betriebsüberlassungsvertrag an. Entscheidend ist also die Verstärkung der Marktposition des Erwerbenden.

Eine echte Verstärkung der Marktposition des Erwerbenden ist jedoch nur gegeben, wenn dieser mit der Überlassung des Betriebes auch die Befugnis erhält, über diesen Betrieb wie ein Eigentümer zu disponieren. Dazu gehört insbesondere das Recht, den Einsatz des Betriebes im Marktgeschehen zu bestimmen, seine Produktion zu regeln und den Gewinn aus dem Einsatz des Betriebes zu ziehen.

Entscheidend ist also letztlich die Überlassung des Betriebes verbunden mit der Einräumung einer umfassenden Leitungsbefugnis. Dieses Kennzeichen des Betriebsüberlassungsvertrages deckt sich mit der Definition des Vertrages, wie sie in der allgemeinen Terminologie übereinstimmend gebraucht wird. Denn diese kennzeichnet den Vertrag dahingehend, daß ein Unternehmen einem anderen seinen Betrieb zur Ausbeute gegen eine irgendwie geartete Gegenleistung überträgt (1).

Sofern der Begriff in der Literatur erörtert worden ist, hat man sich jedoch mit dieser Definition nicht zufrieden gegeben. Vielmehr ist die weitere Frage behandelt worden, in welcher Form das den Betrieb übernehmende Unternehmen den Betrieb führen muß, damit der Vertrag als Betriebsüberlassungsvertrag bezeichnet werden kann. Dabei sind insbesondere vier Möglichkeiten untersucht

(1) so Haussmann, 1. Teil, S. 113; 2. Teil, S. 108; Friedlaender Konzernrecht, S. 101 f; Rasch, Konzernrecht, S. 62 f; Wirkau in StuW 1934, 1. Teil, Sp. 715; Sölch-Ringleb, UStG, § 1 Tz 48; Schilling a.a.O., Anm. 18; Teichmann-Koehler § 256 Anm. 2; Würdinger, Aktienrecht, S. 202 f; h.M.

worden (1): 1. Das übernehmende Unternehmen führt den Betrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. 2. Es führt den Betrieb im Namen der Eigentümergesellschaft aber auf eigene Rechnung. 3. Es führt den Betrieb im Namen und für Rechnung der Eigentümergesellschaft. 4. Es führt den Betrieb im eigenen Namen aber für Rechnung der Eigentümergesellschaft.

Soweit § 23 GWB in Betracht kommt, ist jedoch folgendes zu beachten. Diese Vorschrift stellt es allein auf die Verstärkung der Machtposition des Erwerbers im wirtschaftlichen Wettbewerb ab. Diese hängt aber nicht davon ab, in wessen Namen oder auf wessen Rechnung der erworbene Betrieb geführt wird. Zwar wird häufig die Tatsache, daß das übernehmende Unternehmen den übernommenen Betrieb im Namen und auf Rechnung des übertragenden Unternehmens führt, dafür sprechen, daß sich dieses auch bestimmte Weisungsrechte vorbehalten hat. Entscheidend kann es im Rahmen des § 23 GWB jedoch auf derartige äußere Momente nicht ankommen (2). Hier entscheidet allein der materielle Gehalt eines derartigen Vertrages und bestimmt dieser, daß die Leitungsmacht auf das übernehmende Unternehmen übergehen soll, so ist es ohne Bedeutung, in wessen Namen und auf wessen Rechnung im übrigen die Leitungsmacht ausgeübt wird. Aus den gleichen Gründen ist es auch gleichgültig, welche Gegenleistung das Eigentümerunternehmen für die Überlassung des Betriebes erhält. Diese kann in einer festen Summe bestehen, aber auch jährlich wiederkehrende Beträge, ein Anteil am Gewinn oder die Überlassung eines Patentes oder sonstigen Schutzrechtes sind als Gegenleistung denkbar.

Entscheidend ist, daß der Erwerber das Schicksal des Betriebes bestimmen kann (3).

Eine derartige Bestimmungsmacht hat der Erwerber aber nur und eine echte Verstärkung seiner Machtposition auf dem Markt liegt auch nur dann vor, wenn die Leitungsmacht in vollem Umfange auf ihn übergeht. Eine etwa teilweise bei dem Eigentümerunternehmen verbleibende Direktionsmacht und auch dessen Mitspracherecht bei dem zukünftigen Einsatz des Betriebes würde dem entgegenstehen. Der Frankfurter Kommentar (4) will hier die Einschränkung machen, daß solche Rechte des Eigentümers unschädlich sind, die die Direktionsbefugnis nicht ernstlich beeinträchtigen. Als Beispiel nennt er gewisse Mitspracherechte bei Dispositionen, die sich auch auf die Zeit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses auswirken. Dem kann in dieser Form jedoch nicht zuge-

---

(1) Schilling, a.a.O., Anm. 18; dazu auch Rasch, a.a.O., S. 62 f; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 285 und die unter Fn (1), S. 39 gen.

(2) ebenso Frankfurter Kommentar § 23 Tz 29; unklar Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar §§ 23, 24 Tz 7, der lediglich auf die aktienrechtliche Literatur verweist

(3) so auch schon Haussmann, 2. Teil, S. 108; Baumbach-Hueck, AktG, § 256 Anm. 2 B; Rasch, Konzernrecht, S. 62 f

(4) § 23 Tz 30

stimmt werden, denn entweder verbleiben dem Eigentümer irgendwelche Rechte hinsichtlich des Betriebes, dann ist die Direktionsbefugnis des Vertragspartners im Umfange dieser Rechte eingeschränkt, oder es verbleiben bei ihm keine Rechte, dann ist der Vertragspartner unbeschränkt direktionsbefugt. Und wann liegt eine "ernstliche Beeinträchtigung" vor ? Richtigerweise wird man die Einschränkung dahingehend machen, daß solche Rechte des Eigentümerunternehmens im Rahmen von § 23 GWB unschädlich sind, die keine Auswirkungen auf den Einsatz des Betriebes im Wettbewerb haben. Um dieses an einem Beispiel zu verdeutlichen : Ein Mitspracherecht bei der Ausdehnung der Produktion des Betriebes ihrem Umfange nach oder auf andere Waren und ein Mitspracherecht bei der Preisfestsetzung hätte wettbewerbsrechtliche Auswirkungen und würde die Direktionsbefugnis über Gebühr einschränken, ein Mitspracherecht dagegen bei der Veräußerung oder Anschaffung von Grundbesitz - es sei denn, der Betrieb hat den Handel mit Grundbesitz zum Gegenstand - wäre wettbewerbsrechtlich neutral und damit unschädlich.

Wichtig ist ferner, daß der Vertrag die Betriebsstätte in ihrer Gesamtheit erfaßt. Verträge, die sich nur auf einen Teil der wirtschaftlichen Betätigung der Betriebsstätte oder nur einen Teil der Betriebsstätte selbst beziehen, fallen nicht unter die Meldepflicht (1).

2.5.2.3. Der Pachtvertrag.

Ein derartiger Erwerb wirtschaftlicher Macht, wie er durch die Meldepflicht des § 23 GWB der Kartellbehörde zur Kenntnis gebracht werden soll, erfolgt auch bei der Pacht eines Betriebes. Der Pachtvertrag wird zwar im Rahmen von § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG teilweise unabhängig neben den Betriebsüberlassungsvertrag gestellt (2) und das mag insofern seine Berechtigung haben, als diese Vorschrift beide Verträge nebeneinander nennt. Auch im Schrifttum zum Konzernrecht wird eingehend erörtert, ob der Pachtvertrag dem Betriebsüberlassungsvertrag zuzurechnen ist (3) oder als eine selbständig neben dem Betriebsüberlassungsvertrag stehende Vertragsart anzusehen ist (4).

Abgesehen davon, daß der Pachtvertrag in § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht wie in § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG ausdrücklich genannt ist, entsprechen sich diese beiden Verträge in ihrem wesentlichen Gehalt so sehr und haben auch genau die

---

(1) z. B. die sog. Funktionsgemeinschaften, dazu Rasch, a. a. O. S. 31 f.

(2) so insbes. Mestmäcker, a. a. O., S. 319; von Godin-Wilhelmi, § 256 Anm. II 2; Würdinger, Aktienrecht, S. 202 f; a. A. offenbar Schilling im Großkommentar z. AktG, § 256 Anm. 18, der von einem Betriebsüberlassungsvertrag im weiteren Sinne spricht

(3) so Haussmann, 1. Teil, S. 113 f; Rasch, a. a. O., S. 62

(4) so Friedlaender, Konzernrecht, S. 102

gleichen Auswirkungen, soweit der Bereich des § 23 GWB betroffen wird, daß es geradezu unverständlich wäre, wollte man die Pacht aus dem Bereich der meldepflichtigen Vorgänge herausnehmen. Zu den Betriebsüberlassungsverträgen im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB sind daher auch die Pachtverträge zu zählen (1).

2.5.2.4. Die Innenpacht.

Der Betriebsüberlassung im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB unterfällt auch die Innenpacht, die, wie bereits der Name sagt, ein Unterfall der Pacht ist und sich von dieser letzten Endes nur darin unterscheidet, daß die Pächterin im Namen der Verpächterin auftritt (2). Die Verpächterin überläßt also ihren Betrieb der Pächterin zur Führung für eigene Rechnung und in deren Interesse nach den Grundsätzen des Pachtrechts. Die Betriebsführerin ist mithin Pächterin, nicht Beauftragte der Eigentumsgesellschaft. Die Pächterin führt den Betrieb aber im Namen der Eigentumsgesellschaft, jedoch so als würde die Eigentumsgesellschaft, falls sie das Unternehmen selbst betriebe, dieses für Rechnung der Pächterin tun (3). Entscheidend ist jedoch, daß auch eine Übergabe des Betriebes erfolgt, da Haussmann (4) offenbar die Innenpacht auch dann als gegeben ansieht, wenn die Verpächterin den Betrieb selbst führt. Gerade die Übergabe - "Überlassung" - ist aber das wesentliche Merkmal des Betriebsüberlassungsvertrages.

2.5.2.5. Der Gestions- oder Verwaltungsvertrag.

Gleiche Auswirkungen wie die Pacht und die Innenpacht hat schließlich auch der Gestions- und Verwaltungsvertrag. Darunter wird ein Vertrag verstanden, bei dem etwa ein wenig sachverständiges oder für die notwendig gewordenen Investitionen oder Forschungen zu finanzschwaches Unternehmen einem anderen Unternehmen, das über diese Voraussetzungen verfügt, seinen Betrieb zur Führung und Ausbeute überträgt und nur an den Erträgen in irgendeiner Form teilnimmt (5). Hier wird also ebenfalls ein Betrieb einem anderen Unternehmen zur

---

(1) ebenso Mayer-Wegelin, GWB, § 23 Anm. 2; Müller-Gries, GWB, §§ 23, 24 Tz 3; Frankfurter Kommentar § 23 Tz 29

(2) Haussmann, 2. Teil, S. 106 f u. Beisp. S. 119; Würdinger, Aktienrecht, S. 202 f

(3) Würdinger, Aktienrecht, S. 203; Schilling, a. a. O., Anm. 18 u. das von diesen genannte Beisp. in RGZ 142, 223 ff - U. v. 14. 11. 1933 - wo das RG jedoch von einem Interessengemeinschaftsvertrag spricht

(4) 2. Teil, S. 106; a. A. Würdinger, a. a. O.

(5) Würdinger, Aktienrecht, S. 203; Haussmann, 2. Teil, S. 107, 120; Rasch, a. a. O., S. 63, der ihn auch als Betriebsüberlassungsvertrag bezeichnet

selbständigen Führung, sei es auch auf Rechnung des übertragenden Unternehmens überlassen und dieses bestimmt allein sein wirtschaftliches Schicksal, insbesondere auch seinen Einsatz im Wettbewerb. Wenn dieser Vertrag auch im bisherigen Sprachgebrauch vielfach als Betriebsführungsvertrag bezeichnet wird (1), so entspricht das zwar der Bezeichnung als solcher, da tatsächlich der Betrieb von dem anderen Unternehmen "geführt" wird. Das trifft aber auch für alle übrigen hier genannten Vertragsarten zu. Darin erschöpft sich jedoch der wirtschaftliche Gehalt dieses Vertrages nicht. Hinzu kommt, daß der Betrieb dem Betriebsführer übergeben - "überlassen" - wird und dieser nun ganz allein dessen wirtschaftlichen Einsatz bestimmt. Daher wird man richtigerweise diesen Vertrag ebenfalls dem Betriebsüberlassungsvertrag im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB zuzurechnen haben.

2.5.3. Der Betriebsführungsvertrag.

2.5.3.1. Vorbemerkung.

Die Bezeichnung des Betriebsführungsvertrages läßt noch weniger als die des Betriebsüberlassungsvertrages erkennen, durch welche Merkmale dieser Vertrag gekennzeichnet ist. Ihr ist nur soviel zu entnehmen, daß dieser Vertrag die Führung eines Betriebes zum Gegenstand hat. Weder wird ausdrücklich gesagt, welches der beteiligten Unternehmen den Betrieb führt, noch ist ersichtlich, welches rechtliche Verhältnis einem derartigen Vertrag zugrunde liegt.

2.5.3.2. Der eigentliche Betriebsführungsvertrag.

Wesentliche Anhaltspunkte für die Beantwortung dieser Frage ergeben sich jedoch aus dem Aufbau dieser Vorschrift in Verbindung mit dem ihr zugrundeliegenden rechtspolitischen Gedanken. Die Vorschrift stellt nämlich den Betriebsüberlassungs- und den Betriebsführungsvertrag unabhängig nebeneinander. Also kann es sich bei beiden Begriffen nur um von einander verschiedene Tatbestände handeln, da andernfalls dieses Nebeneinander nicht zu erklären wäre. Der Betriebsüberlassungsvertrag ist aber dadurch gekennzeichnet, daß ein Betrieb einem anderen Unternehmen vertraglich überlassen und von diesem nunmehr unabhängig geführt wird. Sofern der Betriebsführungsvertrag sich tatsächlich von diesem Vertrag unterscheiden soll, kann es sich nur um eine Regelung über die Führung dieses Betriebes durch das Eigentümerunternehmen selbst handeln. Die Führung eines Betriebes durch einen anderen, ohne daß diesem anderen der Be-

(1) so insbes. Haussmann, 2. Teil, S. 107; Würdinger, Aktienrecht, S. 203; dazu auch Rasch, a. a. O., S. 63 u. Friedlaender, a. a. O., S. 102

trieb überlassen wird, ist nicht denkbar, da eine derartige Führung nur möglich ist, wenn ihm auch die Verfügungsmacht über den Betrieb - eben durch die Überlassung des Betriebes - eingeräumt wird. Andererseits ist ein Vertrag, der allein die Führung eines Betriebes durch das Eigentümerunternehmen zum Gegenstand hat, nicht denkbar, da dieses Recht zur Verfügung über den eigenen Betrieb aus dem Eigentum an dem Betrieb selbst folgt und keiner vertraglichen Regelung bedarf. Es ist auch, vom Zweck des § 23 GWB aus gesehen, zu berücksichtigen, daß ein derartiger Vertrag an der Machtposition der beteiligten Unternehmen nichts ändert und daher die Meldung vom Abschluß eines solchen Vertrages für die Kartellbehörde von keinem Interesse ist. Dieses Interesse gewinnt der Vertrag jedoch, sobald neben der Führung des Betriebes durch das Eigentümerunternehmen vereinbart wird, daß diese Führung auf Weisung und im Interesse des beteiligten anderen Unternehmens erfolgen solle. Eine derartige Vertragsausgestaltung wäre auch erst sinnvoll, denn dadurch würde das begünstigte Unternehmen seinen Einflußbereich auf den Betrieb ausdehnen und dadurch einen Machtzuwachs auf dem Markt erfahren. Allein auf einen derartigen Machtzuwachs kann sich auch die Meldpflicht des § 23 GWB beziehen.

Die hier gefundenen Merkmale des Betriebsführungsvertrages finden sich auch bei der Definition des Vertrages im bisherigen Schrifttum wieder. Dort wird das Wesen des Vertrages, insbesondere im Anschluß an § 256 Abs. 2 AktG 1937 - ein Vertrag, in dem eine Aktiengesellschaft ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen zu führen übernimmt -, darin gesehen, daß ein Unternehmen seinen Betrieb für Rechnung eines anderen zu führen übernimmt (1). Dieser Vertrag wurde auch im Entwurf zum AktG 1965 in § 281 Abs. 1 Nr. 4 geregelt, wobei diese Vorschrift jedoch ausdrücklich bestimmte, daß die Betriebsführung im eigenen Namen zu erfolgen habe. Außerdem wurde hier an Stelle der bisher gebräuchlichen Bezeichnung die Bezeichnung "Geschäftsführungsvertrag" gebraucht, die jedoch nur der Klarstellung dienen sollte und keine materielle Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand bedeutete (2). In der endgültigen Fassung des AktG findet er sich jedoch nicht mehr.

Die Tatsache, daß das andere Unternehmen finanzieller Nutznießer der Tätigkeit des betreffenden Unternehmens wird, kann im Rahmen des § 23 GWB allein jedoch noch nicht die Meldepflicht zur Entstehung bringen, da dadurch noch kein, wenn auch noch so loser Zusammenschluß zwischen den betroffenen

---

(1) Schilling im Großkommentar zum AktG, § 256 Anm. 19; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 256 Tz 10; Würdinger, Aktienrecht, S. 201 f; Mestmäcker, a. a. O., S. 320 f; Haussmann, 1. Teil, S. 114 ff u. 2. Teil S. 124 f; Rasch, Konzernrecht, S. 63; Plückebaum-Malitzky, UStG, §§ 1-3 Tz 399 f; Sölch-Ringleb, UStG, § 1 Tz 48

(2) so Begr. der Bundesreg. zum Entw. eines AktG - BT-Drucksache IV/171 S. 217

Unternehmen herbeigeführt wird. Das ist erst der Fall, wenn das begünstigte Unternehmen allein oder neben dem finanziellen Nutzen eine umfassende Direktionsbefugnis hinsichtlich des betroffenen Betriebes erhält, so daß die Organe dieses Betriebes Befehlsempfänger und Ausführende der Weisungen des anderen Unternehmens werden. In diesem Fall liegt praktisch ein Zusammenschluß vor, wenn auch das Unternehmen selbst formell noch die Führung innehat.

Dahingestellt bleiben kann es, ob die Betriebsführung im eigenen Namen der Eigentumsgesellschaft oder im Namen der Obergesellschaft erfolgt, ob auf eigene Rechnung oder auf Rechnung der Obergesellschaft (1). Dies sind zwar Fragen, die im Aktienrecht - insbesondere im Rahmen von § 256 AktG 1937 - eine Rolle spielen, wo es um den Schutz der Aktionäre vor einschneidenden Maßnahmen der Verwaltung geht, die das Dividendenrecht der Aktionäre allzusehr beeinflussen können (2). In § 23 GWB steht jedoch allein die Verstärkung der Marktmacht des begünstigten Unternehmens und die Auswirkungen derartiger Verträge auf den Wettbewerb im Vordergrund. Dafür sind aber nicht so formelle Fragen von Bedeutung. Entscheidend sind allein die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Stellung der an einem derartigen Vertrag Beteiligten auf dem Markt.

Ebenso wie beim Betriebsüberlassungsvertrag muß die Direktionsbefugnis allerdings im vollen Umfange auf das begünstigte Unternehmen übergehen. Andernfalls liegt wirtschaftlich kein Zusammenschluß vor und wird auch die Marktmacht des begünstigten Unternehmens nicht ernsthaft vergrößert. Nicht gefolgt werden kann freilich Müller-Gries (3), die den Tatbestand des Betriebsführungsvertrages als gegeben erachten, sobald das weisungsberechtigte Unternehmen allein die technische Leitung bestimmen kann, nicht dagegen die kaufmännische, da Betrieb im Sinne dieser Vorschrift nur eine Fertigungsstätte sei und allein durch die technische Leitung genügend wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen durchgeführt werden könnten. Mit Recht weist bereits der Frankfurter Kommentar (4) darauf hin, daß sich der Begriff Betriebsstätte nicht auf Fertigungsstätten beschränkt, sondern auch reine Handelsunternehmen, Verkaufskontore oder Ähnliches umfaßt und diese allein einer kaufmännischen, aber keiner technischen Leitung unterstehen. In der Praxis sind sie keineswegs selten und spielen, insbesondere in der Schwerindustrie eine nicht unbedeutende Rolle (5). Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, derartige Betriebsstätten aus dem Bereich des

---

(1) ebenso Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 29

(2) ähnlich Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 29

(3) GWB, § 23 Tz 3

(4) § 23 Tz 30

(5) s. dazu insbesondere die Vorgänge um den Erwerb der Handelsunion durch die August Thyssen-Hütte AG u. der Establech, Ges. f. Eisen-, Stahl- u. Blecherzeugnisse m. b. H. durch die Dortmund-Hörder-Hüttenunion AG im Jahre 1961 - WuW 1962, 496 - unabhängig von der Zuständigkeit der EGKS

§ 23 GWB herauszulassen. Für diese Ansicht von Müller-Gries gibt das Gesetz selbst auch keinerlei Anhaltspunkte. Dem ist ferner entgegenzuhalten, daß nicht die technische, sondern allein die kaufmännische Leitung die wettbewerbsrechtlich relevanten Fragen eines Betriebes entscheidet und die technische Leitung diese kaufmännischen Entscheidungen lediglich in der Produktion verwirklicht. Die technische Leitung ist praktisch als eine Hilfsabteilung der kaufmännischen Leitung zu betrachten, welche die sich nach kaufmännischen Gesichtspunkten als notwendig erwiesenen Maßnahmen, seien es Erweiterungen oder Einschränkungen der Produktion, seien es Verbesserungen oder Umstellungen hinsichtlich der produzierten Erzeugnisse, in die Tat umsetzt und die notwendigen technischen Anweisungen gibt. Daher muß ganz im Gegenteil zu Müller-Gries gesagt werden, daß es darauf, wer die technische Leitung innehat, im Rahmen von § 23 GWB nicht ankommt, sondern daß entscheidend ist, wer die kaufmännische und damit die sich im Wettbewerb auswirkenden Entscheidungen trifft. Diese Befugnis genügt aber auch, um von einem Betriebsführungsvertrag sprechen zu können. Es wird sogar häufig der Fall sein, daß der Betriebsführer die technische Leitung bei dem damit vertrauten und erfahrenen Unternehmen beläßt, während er nur die grundlegenden und hier allein entscheidenden kaufmännischen Entscheidungen an sich zieht.

2.5.3.3. Der Beherrschungsvertrag.

Den geradezu typischen Fall eines Betriebsführungsvertrages im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB stellt der Beherrschungsvertrag im Sinne von § 291 Abs. 1 AktG dar. Dieser Vertrag ist ein Unternehmensvertrag im Sinne der §§ 291 ff AktG, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Der Vorstand der beherrschten Gesellschaft führt sein Unternehmen zwar weiterhin selbst, er ist jedoch im gesamten Bereich seiner Zuständigkeit der umfassenden Weisung der herrschenden Gesellschaft unterstellt (§ 308 AktG). Dieses Weisungsrecht ist nur insofern beschränkt, als für die beherrschte Gesellschaft nachteilige Weisungen nur erteilt werden dürfen, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen (§ 308 AktG). Vom Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 2 AktG unterscheidet sich dieser Vertrag lediglich dadurch, daß dieses Unternehmen nach der gesetzlichen Regelung nicht für Rechnung des herrschenden Unternehmens geführt wird. Nach § 302 AktG hat jedoch das herrschende Unternehmen jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen.

2.5.3.4. Der Indienststellungs- oder Lohnverarbeitungsvertrag.

Eine Unterordnung eines Betriebes unter die Leitung eines anderen Unternehmens, wenngleich die tatsächliche Führung in der Hand des Eigentümerunternehmens verbleibt, erfolgt auch beim Indienststellungsvertrag. Schilling (1) bezeichnet ihn daher auch direkt als Betriebsführungsvertrag. Bei diesem Vertrag bleibt der Betrieb oder das Unternehmen ebenfalls in der Hand seines Eigentümers, der Eigentümer stellt aber seinen Betrieb in die Dienste eines anderen und hat daher als gewissermaßen bedienstetes Unternehmen den Weisungen des herrschenden Unternehmens Folge zu leisten (auch Lohnverarbeitungsvertrag genannt) (2). Würdinger (3) will zwar den Indienststellungsvertrag nur dann als Betriebsführungsvertrag bezeichnen, wenn das verpflichtete Unternehmen aufhört, selbst Gewinn zu erzielen, wenn es also für seine Tätigkeit lediglich einen Aufwendungsersatz erhält. Das mag im Rahmen von § 291 AktG begründet sein, da diese Vorschrift alle Verträge, die mehr oder weniger entscheidenden Einfluß auf das Gewinnstreben und die Gewinnerzielung einer Aktiengesellschaft nehmen, der Zustimmung der Hauptversammlung unterstellen will. Die Meldepflicht des § 23 knüpft aber allein an die Tatsache an, daß ein Unternehmen seinen Einflußbereich auf ein anderes Unternehmen oder eine andere Betriebsstätte ausdehnt. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aber nicht danach, welche finanziellen Vereinbarungen einem derartigen Vertrag zugrunde liegen. Es kann daher auch hier bei der Feststellung, ob ein Betriebsführungsvertrag vorliegt, dahingestellt bleiben, auf wessen Rechnung und in welchem Namen die Betriebsführung erfolgt. Allein die Tatsache, daß ein Unternehmen seine gesamte Produktionsmacht in die Dienste eines anderen stellt, hat die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen, die § 23 GWB durch die Meldepflicht erfassen will (4).

Es kann jedoch sehr wohl Grenzfälle geben, bei denen es zweifelhaft erscheinen mag, ob eine derartige völlige Unterordnung unter ein anderes Unternehmen gegeben ist. Sofern das Unternehmen sich insgesamt einem anderen Unternehmen zur Verfügung stellt und allein nach dessen Anweisungen arbeitet, ist der Tatbestand der Betriebsführung gegeben. Schwieriger ist der Fall zu beurteilen, wenn sich das Unternehmen lediglich verpflichtet, mit seinen Produktionsanlagen ausschließlich für das begünstigte Unternehmen zu arbeiten, etwa in der Form eines langfristigen Lieferungsvertrages. Wirtschaftlich gesehen ist ein derartiges Unternehmen völlig von seinem Auftraggeber und dessen Aufträgen abhängig. Gleichwohl würde es zu weit gehen, auch hier generell von einem Zusammenschluß zu sprechen (5). Denn grundsätzlich führt das Unternehmen trotz-

(1) im Großkommentar zum AktG § 256 Anm. 19
(2) Haussmann, 1. Teil, S. 114 ff u. 2. Teil, S. 124 f; Rasch, Konzernrecht, S. 63
(3) Aktienrecht, S. 196
(4) im Ergebnis ebenso Frankfurter Kommentar § 23 Tz 29
(5) ebenso Rinck, Wirtschaftsrecht, Tz 812; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 418

dem seinen Betrieb in eigener Regie weiter, kalkuliert auch nach eigenen Gutdünken und setzt auch die Preise selbständig fest. Fehlen auch diese Merkmale eines selbständigen Unternehmens, so ist es gerechtfertigt, einen Betriebsführungsvertrag anzunehmen. Dabei wird man grundsätzlich die gesamten Umstände eines derartigen Vertragsschlusses zu berücksichtigen haben. Werden etwa zusätzlich zu dem eigentlichen Vertrag über die Tätigkeit für das begünstigte Unternehmen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder, möglicherweise auch Anteilsrechte gegenseitig ausgetauscht - sofern dann nicht Nr. 5 eingreift - oder umfassende Mitspracherechte bei der Geschäftsführung in sonstiger Form vereinbart, so spricht das dafür, daß hier in Wirklichkeit ein, wenn auch verschleierter Betriebsführungsvertrag gewollt ist.

2.5.3.5. Die Innenpacht.

Unter dem Begriff des Betriebsführungsvertrages im Sinne von § 23 Abs. 2 GWB ist auch die Innenpacht zu rechnen, sofern der Betrieb bei dem Eigentümerunternehmen verbleibt, da andernfalls der Tatbestand des Betriebsüberlassungsvertrages gegeben ist. Eine derartige Vertragsausgestaltung wird von Haussmann (1) entgegen Würdinger (2) für möglich gehalten, wobei er das Merkmal dieses Vertrages darin sieht, daß das Eigentümerunternehmen seinen Betrieb zwar selbst und auch im eigenen Namen führt, im Innenverhältnis aber völlig nach Weisung und auf Rechnung des begünstigten Unternehmens handelt, so als wäre dieses Pächterin des Betriebes. Letztlich handelt es sich bei diesem Vertrag um eine besondere Ausgestaltung des Betriebsführungsvertrages im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB, die ebenfalls dieser Vorschrift unterfällt (3).

2.5.3.6. Der Organschaftsvertrag.

Die weitestgehende Aufgabe wirtschaftlicher Selbständigkeit erfolgt beim Organschaftsvertrag. Er spielt insbesondere im Steuerrecht - Umsatzsteuer- und Gewerbesteuerrecht - eine Rolle und hat dort zur Entwicklung der sogenannten Organlehre, Organschaftslehre oder Organschaftstheorie geführt. Es ist dies die Lehre von der steuerlichen Anerkennung von Zusammenschlüssen formaljuristisch selbständiger Personen, die zueinander im Über- und Unterordnungsverhältnis stehen, als wirtschaftliche Einheiten (4).

Die Organtheorie besagt, daß Gesellschaften mit juristischer Persönlich-

(1) 2. Teil, S. 107

(2) Aktienrecht, S. 202 f

(3) Würdinger in DB 1958, 1449 sieht darin sogar den eigentlichen Betriebsführungsvertrag, bezeichnet ihn aber nicht als Innenpacht

(4) Plückebaum-Malitzky, UStG, §§ 1-3 Tz 251

keit, wenn sie in solcher Abhängigkeit von einer anderen Gesellschaft oder Einzelperson stehen, daß sie keinen Willen mehr haben, sondern zum Organ dieses anderen geworden sind, auch ihre steuerrechtliche Selbständigkeit verlieren (1).

In § 17 UStG DVO 1951 (2) und ebenso in § 3 GewStG DVO 1961 (3) heißt es unter der Überschrift "Organschaft" : "Eine juristische Person (bzw. Kapitalgesellschaft) ist dem Willen eines Unternehmers dann derart untergeordnet, daß sie keinen eigenen Willen hat (Organgesellschaft), wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen eingegliedert ist". Wesentliches Merkmal einer Organschaft sind danach die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung in das andere geschäftliche Unternehmen nach Art einer bloßen Betriebsabteilung (4), die juristische Selbständigkeit trotz wirtschaftlicher Unselbständigkeit und eine zusätzliche zum Organverhältnis getroffene Gewinn- und Verlustausschlußvereinbarung, die grundsätzlich den gesamten Gewinn und Verlust erfassen muß (5). Welche Art von Vertrag, ob Dienstvertrag, Pachtvertrag oder ein sonstiger Vertrag der Organschaft zugrundeliegt, ist völlig gleichgültig (6).

Kern dieses Vertrages ist also ebenso wie bei dem eigentlichen Betriebsführungsvertrag die Führung eines bisher selbständigen Betriebes nach den Anweisungen eines anderen Unternehmens (7). Hinzu kommen lediglich in der Regel (8) weitere Elemente wie Gewinn- und Verlustausgleichsvereinbarungen, die zu einer noch stärkeren Bindung zwischen den betroffenen Unternehmen führen. Dann ist es aber umsomehr gerechtfertigt, auch diesen Vertrag der Meldepflicht des § 23 GWB zu unterstellen.

Im Schrifttum wird der Organschaftsvertrag sogar gelegentlich als typischer Fall eines Betriebsführungsvertrages bezeichnet (9).

---

(1) ausf. Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, insbes. S. 313

(2) BGBl 1951 I, 791 (796)

(3) BGBl 1962 I, 372 ff

(4) Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, GewStG, § 2 Anm. 99/101

(5) dazu Bühler, a.a.O., S. 314 f

(6) Plückebaum-Malitzky, UStG, §§ 1-3 Tz 326

(7) so auch Larenz, Schuldrecht, 2. Bd., S. 265 Fn. 1; ebenso Begr. d. Bundesreg. zu § 280 AktG - BT-Drucksache IV/171, S. 215 - die den Beherrschungsvertrag, der als Betriebsführungsvertrag im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB anzusehen ist - s. Kap. 2.5.3.3. - als Bestandteil des Organvertrages bezeichnet

(8) Pleyer, Aktienrecht u. Unternehmenskonzentration in AG 1959, 9 u. ausf. Rasch, Konzernrecht, S. 83 f; Rinck, Konzernrecht in Juristen-Jahrbuch, S. 128

(9) Hueck, Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge in DB 1959, 224; Baumbach-Hueck, AktG, § 256 Anm. 2 B; ähnlich Rasch, a.a.O., S. 63, 74, 82 f; Larenz, 2. Bd. S. 265 Fn. 1

Der Gestions- und Verwaltungsvertrag ist, wie oben schon ausgeführt (1), entgegen Haussmann (2) als Betriebsüberlassungsvertrag im Sinne des § 23 GWB zu bezeichnen, da Kernstück dieses Vertrages die Überlassung eines Betriebes ist und die der Überlassung zugrundeliegenden Vereinbarungen im Rahmen von § 23 GWB unberücksichtigt bleiben können.

2.5.4. Zusammenfassung.

Beiden Vertragsarten ist also gemeinsam, daß die betroffene Betriebsstätte betriebspolitisch aber nicht eigentumsmäßig aus ihrem Unternehmensverband herausgelöst und einem anderen Unternehmen eingegliedert wird, oder wenn die Betriebsstätte das ganze Unternehmen ausmacht, daß dieses Unternehmen auf eigene wirtschaftliche Initiative von nun an zugunsten des begünstigten Unternehmens verzichtet. Während beim Betriebsüberlassungsvertrag nur die Betriebsstätte als solche dem anderen Unternehmen unterstellt wird, erfaßt der Betriebsführungsvertrag die Betriebssätte einschließlich aller Zubehörungen, ja sogar einschließlich der personellen Leitung, die nunmehr nur nach den Weisungen des Vertragspartners zu handeln hat. In beiden Fällen wird aber die wirtschaftliche Macht und der Einflußbereich des begünstigten Unternehmens vergrößert, und insofern ist es gerechtfertigt, im Sinne von § 23 GWB von einem Zusammenschluß zu sprechen.

Nicht kommt es darauf an, welche Bezeichnung die Beteiligten im Einzelfall für ihren Vertrag gewählt haben. Abgesehen davon, daß sich bisher kein allgemein verbindlicher Sprachgebrauch herausgebildet hat, kommt es im Rahmen von § 23 GWB auch allein auf den wirtschaftlichen Gehalt des Vertrages an.

Neben den hier behandelten Vertragsformen kennt die Wirtschaftspraxis noch eine Vielzahl von Möglichkeiten, mit denen vergleichbare "Zusammenschlüsse" herbeigeführt werden können. Da sind zunächst die Gewinngemeinschaften zu nennen (3). Ihr Wesen besteht darin, daß sich rechtlich selbständige Unternehmen zum Zwecke der Vergemeinschaftung der innerhalb einer bestimmten Rechnungsperiode erzielten Gewinne und Verluste der Unternehmen zusammentun (4). Eine weitere sehr verbreitete Form des Quasi-Zusammenschlusses ist die personelle Verflechtung zwischen mehreren Unternehmen, wodurch eine Abstimmung der gegenseitigen Geschäftspolitik erreicht werden kann (5). Diese ist al-

---

(1) Kap. 2.5.2.5.
(2) 2. Teil, S. 107
(3) dazu Schilling im Großkommentar zum AktG, § 256 Anm. 9, 10; Friedlaender, Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung; jetzt auch § 292 Abs. 1 AktG
(4) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 256 Tz 2; Rasch, Konzernrecht, S. 74ff
(5) dazu Rasch, a.a.O., S. 87

lerdings nach dem neuen Aktiengesetz von 1965 insofern eingeschränkt, als ein gesetzlicher Vertreter eines abhängigen Unternehmens nicht in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens, sowie daß ein Vorstandsmitglied (Geschäftsführer) einer Aktiengesellschaft (GmbH) nicht in den Aufsichtsrat einer anderen Aktiengesellschaft eintreten kann, wenn ein Vorstandsmitglied dieser Gesellschaft bereits im Aufsichtsrat seiner eigenen Gesellschaft sitzt (Verbot der sogenannten Überkreuzverflechtung - § 100 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AktG).

Sofern diese mit einer der hier behandelten Formen des Betriebsüberlassungsvertrages oder Betriebsführungsvertrages kombiniert sind, unterfallen sie selbstverständlich der Meldepflicht. Allein als solche werden sie jedoch von § 23 GWB nicht erfaßt. Das geht aus der Entstehungsgeschichte des § 23 GWB hervor, da in § 19 RegEntw beide Vertragsarten genannt waren (1), in der endgültigen Fassung jedoch gestrichen worden sind. Daraus folgt, daß sie aus dem Kreis der meldepflichtigen Tatbestände des § 23 GWB ausscheiden sollten (2).

Neben den eigentumsmäßigen Verschiebungen unter den am Wirtschaftsverkehr beteiligten soll § 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB also auch sonstige Verträge erfassen, die zu einer Konzentration wirtschaftlicher Macht führen. Es ist dies einmal der Betriebsüberlassungsvertrag, der dadurch gekennzeichnet ist, daß eine Betriebsstätte auf ein anderes Unternehmen übertragen wird und diesem eine umfassende Bestimmungsmacht über den Einsatz der Betriebsstätte auf dem Markt eingeräumt wird, wobei dies auch in der Form des Pachtvertrages, der Innenpacht oder des Gestions- oder Verwaltungsvertrages erfolgen kann. Zum anderen ist es der Betriebsführungsvertrag, bei dem ein Unternehmen seine Betriebsstätte zwar selbst führt, dieses aber im Interesse und auf Weisung eines anderen Unternehmen tut, so daß dieses der eigentliche wirtschaftliche Herr und Nutznießer dieser Betriebsstätte ist, sei es in der Form des eigentlichen Betriebsführungsvertrages, oder sei es in der Form des Beherrschungsvertrages, Indienststellungsvertrages, Lohnverarbeitungsvertrages oder des Organschaftsvertrages.

2.6. Erwerb von Anteilsrechten jeder Art an anderen Unternehmen.

In § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB wird schließlich eine Meldepflicht für den Erwerb von Anteilsrechten an anderen Unternehmen normiert, sofern das erwerbende Unternehmen durch den Erwerb 25 % des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreicht. Bei der Errechnung der 25 % sollen kraft der ausdrücklichen Vorschrift der Nummer 5 auch solche Anteilsrechte berücksichtigt werden, die einem Konzernunternehmen im Sinne des § 15 AktG bereits zustehen.

---

(1) abgedr. im Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., S. 1043

(2) im Ergebn. ebenso Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 9

2.6.1. Die Bedeutung des Erwerbs von Anteilsrechten an anderen Unternehmen.

Der Erwerb von Anteilsrechten an anderen Unternehmen ist das klassische Mittel der Unternehmenszusammenfassung (1). Er ermöglicht der Obergesellschaft die Beherrschung der Untergesellschaft und deren Organe auch ohne Vertrag und gleichzeitig die einheitliche Leitung der durch die Beteiligungen zusammengefaßten Unternehmen (2).

Dabei ist jedoch zu beachten, daß die rein rechtlichen Befugnisse, die ein Besitz von Anteilsrechten an einer Gesellschaft verleiht, allein nicht ausreichen, eine derartige Stellung der Gesellschaft gegenüber für den Inhaber der Anteile zu schaffen (3). Dieses ist zwar bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Fall, da hier für den Gesellschafter jederzeit die Möglichkeit besteht, durch allgemeine Richtlinien oder auch durch Einzelanweisungen auf die Führung der Gesellschaft durch die Geschäftsführer Einfluß zu nehmen (4). Diese sind Angestellte der Gesellschafter und deren Weisungen unterworfen.

Ganz anders ist jedoch die gesetzliche Regelung bei der Aktiengesellschaft. Die Gesellschafter der Aktiengesellschaft - die Aktionäre - üben ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hauptversammlung aus (§ 118 Abs.1 AktG) (5). Diese ist auch das oberste Organ der Aktiengesellschaft (6). Zwar wird der Vorstand der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat bestellt (§ 84 AktG) und dieser kann dadurch auch auf die Geschäftsführung einen erheblichen Einfluß nehmen, der Aufsichtsrat selbst wird jedoch von der Hauptversammlung gewählt und abberufen (§ 101 AktG). Auch hat der Aufsichtsrat im übrigen nur eine überwachende Funktion hinsichtlich der Geschäftsführung der Gesellschaft (7). Hinzu kommt, daß die Hauptversammlung allein über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates entscheidet (§ 120 AktG).

---

(1) Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, S. 63, 72; ders., Kartelle, Konzerne und Trusts, S. 293; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 420. 425; Friedlaender, Konzernrecht, S. 64; Rasch, Konzernrecht, S. 40 ff; Würdinger, Aktienrecht, S. 193

(2) dazu auch Anlageband zum Konzentrationsbericht, BT-Drucksache IV/2320, S. 573

(3) so auch Würdinger, a.a.O., S. 193; Huber, a.a.O., S. 417; Fischer im Großkommentar zum AktG, § 70 Vorbem.; Schmidt-Meyer-Landrut im Großkommentar zum AktG, § 15 Anm. 1, 7 a

(4) Scholz-Fischer-Klein, GmbHG, § 37 Tz 1; Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 37 Anm. 1; Schmidt, Konzernrechtliche Modifikation in NJW 1957, 1338

(5) dazu Würdinger, a.a.O., S. 149

(6) Baumbach-Hueck, AktG, Üb. vor § 70 Anm. 1 B; Teichmann-Koehler, AktG. § 102 Anm. 1; von Godin-Wilhelmi § 102 Anm. I; Fischer, a.a.O., § 70 Anm. 1

(7) Baumbach-Hueck, AktG, § 70 Anm. 1 B; Würdinger, a.a.O., S. 141

Wenn die Hauptversammlung damit auch als oberstes Organ der Aktiengesellschaft zu bezeichnen ist, so darf doch nicht übersehen werden, daß sie unmittelbar auf die eigentliche Geschäftsführung der Gesellschaft keinen Einfluß nehmen kann (1). Diese liegt ganz allein beim Vorstand (§ 76 AktG), der der berufene Leiter der Aktiengesellschaft ist, während der Hauptversammlung die Beschlußfassung über Fragen des verfassungsmäßigen und kapitalmäßigen Aufbaus der Gesellschaft geblieben ist (§§ 179, 182, 202, 221, 222, 293 AktG) (2).

Diese Zuständigkeitsregelung des § 76 AktG ist zwingender Natur und kann weder durch einen Beschluß der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrates noch durch eine Satzungsänderung oder eine entsprechende Bestimmung im Anstellungsvertrag abgeändert werden (3). Eine Mitwirkung der Hauptversammlung oder des einzelnen Aktionärs bei der eigentlichen Geschäftsführung ist daher generell nicht möglich. Auch können diese dem Vorstand nach der gesetzlichen Regelung keinerlei Weisungen erteilen. Nur wenn der Vorstand in Fragen der Geschäftsführung ausdrücklich einen Beschluß der Hauptversammlung verlangt, kann diese darüber entscheiden (§ 119 Abs. 2 AktG). Ob der Vorstand dies aber tut ist in sein freies Ermessen gestellt (4).

Das Aktiengesetz sieht noch die Errichtung von weiteren Organen wie etwa die eines Beirates vor (§ 160 Abs. 2 Nr. 8 AktG), jedoch können auch diesen lediglich beratende Funktionen zugedacht werden, die an der Alleinzuständigkeit des Vorstandes in Fragen der Geschäftsführung grundsätzlich nichts ändern dürfen (5).

Es zeigt sich also, daß die rechtlichen Möglichkeiten, durch den Erwerb von Anteilsrechten einer Aktiengesellschaft auf die Geschäftsführung dieser Gesellschaft einen bestimmenden Einfluß zu gewinnen, außerordentlich gering sind (6). Hier kann also noch weniger als in den Fällen der Nummern 3 und 4 von einem Zusammenschluß von Unternehmen im Sinne des herkömmlichen Sprachgebrauchs gesprochen werden. Die rechtliche Existenz zweier selbständiger Unternehmen mit unabhängigen Geschäftsführungen ist nach wie vor gegeben.

---

(1) Fischer, a.a.O., § 70 Anm. 1 u. Vorbem. § 70; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 70 Tz 2

(2) so schon RG, U. v. 3. 6. 1927 in RGZ 117, 203 (206); Baumbach-Hueck, AktG. Üb. vor § 70 Anm. 1 B; Fischer, a.a.O., § 70 Anm. 1; Würdinger, a.a.O., S. 131

(3) Fischer, a.a.O., § 70 Anm. 7; Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 15 Anm. 1, 7 a; Würdinger, a.a.O., S. 131; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 70 Tz 2; Baumbach-Hueck, AktG, § 70 Anm. 3 B, § 74 Anm. 2 A

(4) Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 102 f; Würdinger, a.a.O., S. 193; Baumbach-Hueck, AktG, § 70 Anm. 3 C

(5) Baumbach-Hueck, AktG, Üb. vor § 70 Anm. 16; Würdinger, a.a.O., S. 125 f

(6) ebenso Würdinger, a.a.O., S. 193

Wenn der Erwerb von Anteilsrechten gleichwohl - und zwar mit guten Gründen - in den Katalog der meldepflichtigen Tatbestände des § 23 GWB aufgenommen worden ist, so beruht dies auf der Erkenntnis, daß sich die zwingende gesetzliche Kompetenzregelung des Aktiengesetzes im Konzernwesen nicht durchgesetzt hat (1) und daher "Rechtsschein und Wirklichkeit" im Konzernwesen weit voneinander entfernt sind (2). Das Aktiengesetz selbst hat zu einem Teil die Voraussetzungen dafür geschaffen, indem es neben die eigenverantwortliche und abhängige Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand (§ 70 AktG 1937) das herrschende und abhängige Unternehmen des § 15 AktG 1937 gestellt hat. Zwischen beiden besteht ein offener Gegensatz, der vom Gesetzgeber weitestgehend ungelöst gelassen worden ist (3).

Dieser Gegensatz ist auch bei der Neufassung des Aktiengesetzes 1965 nicht beseitigt worden. Die Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf des Aktiengesetzes (4) weist zwar darauf hin, daß die Entwicklung in den letzten Jahren zu einer immer tieferen Kluft zwischen Gesetz und Rechtswirklichkeit geführt habe, angesichts der Macht der Tatsachen müsse jedoch jeder Versuch scheitern, der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung wieder unter allen Umständen Wirklichkeitswert zu verschaffen. Dabei läßt sie die wirtschaftspolitische Berechtigung dieser Zuständigkeitsordnung des geltenden Rechts ausdrücklich dahingestellt sein.

Die Regelung im neuen Aktiengesetz beschränkt sich daher darauf, derartige Erscheinungen gesellschaftsrechtlich zu erfassen und durchsichtig zu machen, die Aktionäre und Gläubiger gegen die damit verbundenen Gefahren und Nachteile besser zu schützen und Leitungsmacht und Verantwortlichkeit in Einklang zu bringen (5).

Die praktische Handhabung führt daher dazu, daß der Inhaber einer größeren Beteiligung an einer Aktiengesellschaft auf Grund der dadurch gewährten rechtlichen, aber noch mehr faktischen Einflußmöglichkeiten den Vorstand der abhängigen Gesellschaft gleich ihren Angestellten betrachtet und ihn unter Ignorierung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung unmittelbar seinen Anweisungen unterstellt (6). Diese faktische Einflußmöglichkeit beruht darauf, daß die Obergesellschaft als Groß- oder Alleinaktionärin der Untergesellschaft deren Hauptversammlung beherrscht, deshalb allein die Zusammensetzung des Auf-

---

(1) Schmidt in NJW 1957, 1338; Fischer, a.a.O., Vorbem. § 70

(2) so Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 15 Anm. 7 a

(3) ebenso Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 15 Anm. 1

(4) BT-Drucksache IV/171, S. 213 ff

(5) zu den Einzelheiten s. die §§ 291 ff AktG und Gessler, Das neue Aktienrecht in BB 1965, 677 (681 f)

(6) Würdinger, Aktienrecht, S. 194; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 79 f; Schmidt in NJW 1957, 1338

sichtsrates bestimmt (§ 101 AktG), in den sie selbstverständlich eigene Leute, möglicherweise eigene Vorstandsmitglieder beruft und über diesen auch den ihr genehmen und willfährigen Vorstand bestellt (§ 84 AktG) (1).

Insofern wird die wirtschaftliche Macht des erwerbenden Unternehmens durch den Erwerb von Anteilsrechten einer anderen Gesellschaft wenn nicht rechtlich so doch faktisch um die wirtschaftliche Macht des betroffenen Unternehmens erweitert, als dieses nunmehr mehr oder weniger nach den Weisungen der Obergesellschaft arbeitet. Daher ist es gerechtfertigt, auch in diesem Fall von einem Zusammenschluß von Unternehmen im Sinne des § 23 GWB zu sprechen, da es im Rahmen dieser Vorschrift nicht auf die rechtliche Konstruktion sondern auf den wirtschaftlichen Gehalt eines Konzentrationsvorganges ankommt. Dieser wird hier aber regelmäßig zu einer Konzentration wirtschaftlicher Macht führen.

2.6.2. Der Besitz von 25 % des stimmberechtigten Kapitals.

Die Vorschrift des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB stellt einem Zusammenschluß gleich, wenn der Erwerber 25 % oder mehr des stimmberechtigten Kapitals erlangt. Rechtspolitisch mag es zweifelhaft sein, ob schon eine so geringe Beteiligung Einflußmöglichkeiten eröffnet, daß der Bereich des § 23 GWB berührt wird. Denn grundsätzlich wird man sagen müssen, daß erst der Besitz einer Mehrheit von 51 % zu einer wirklich beherrschenden Stellung in der Gesellschaft wird führen können (2). Bei der Beantwortung dieser Frage ist jedoch zu beachten, daß 25 % des stimmberechtigten oder des in der Hauptversammlung vertretenen Kapitals im Aktiengesetz eine vielfache Rolle spielen.

Diese wirkt sich dahingehend aus, daß bei zahlreichen Vorgängen im Dasein einer Aktiengesellschaft ein Aktienpaket von 25 % des stimmberechtigten Kapitals zuzüglich einer Aktie einen Beschluß verhindern und somit zu einer ihm genehmen Entscheidung hinwirken kann.

So bedarf der Beschluß der Hauptversammlung über die vorzeitige Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 103 Abs. 2 S. 2 AktG).

Einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals bedarf es bei der Nachgründung (§ 52 Abs. 5 S. 1 AktG), zur Satzungsänderung (§ 179 Abs. 2 S. 1 AktG), zur Kapitalerhöhung (§ 182 Abs. 1 S. 1 AktG), zum Beschluß über den Ausschuß des Bezugsrechts der Aktionäre bei einer Kapitalerhöhung (§ 186 Abs. 3 S. 2 AktG), zur bedingten Kapitalerhöhung (§ 193 Abs. 1 S. 1 AktG), zum Beschluß über die Ermächtigung

(1) Zöllner, a.a.O., S. 7 f; Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 15 Anm. 7 a; Fischer, a.a.O., Vorbem. § 70

(2) so auch Frankfurter Kommentar § 23 Tz 31

des Vorstands zur Kapitalerhöhung - genehmigtes Kapital - (§ 202 Abs. 2 S. 2 AktG), zur Kapitalherabsetzung (§ 222 Abs. 1 S. 1, § 229 Abs. 3 AktG), zur Auflösung (§ 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG), zur Verschmelzung (§ 340 Abs. 2 S. 1 AktG), zur Vermögensübertragung (§§ 360 Abs. 2, 361 Abs. 1 S. 2 AktG) und zum Abschluß eines Unternehmensvertrages (§ 293 Abs. 1 S. 2 AktG), um hier nur die wichtigsten Fälle zu nennen (1). Jeweils kann durch die Satzung ein höheres Mehrheitserfordernis normiert werden. Bei der Nachgründung im ersten Jahr nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister müssen die Anteile der zustimmenden Aktionäre zusätzlich noch ein Viertel des gesamten Grundkapitals erreichen (§ 52 Abs. 5 S. 2 AktG).

In zahlreichen Fällen genügt zwar eine einfache Mehrheit, die Zahl von 25 % spielt hier aber insofern eine Rolle, als ein Zehntel, also wesentlich weniger noch als 25 %, des Grundkapitals nicht widersprechen dürfen, wenn der Beschluß nicht wirkungslos sein soll. Das ist der Fall beim Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche gegen Gründer und die neben diesen aus Anlaß der Gründung oder einer Nachgründung verantwortlich gewordenen Personen (§§ 50 S. 1, 53 S. 1 AktG), beim Verzicht auf Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder aus Sorgfaltsverletzungen (§§ 93 Abs. 4 S. 3, 116 AktG) und ebenso gegen sonstige Schädiger der Gesellschaft (§ 117 Abs. 4 AktG) (2).

Die Zustimmung aller betroffenen Aktionäre ist bei der Auferlegung von Nebenpflichten erforderlich (§ 180 Abs. 1 AktG).

Aus dieser kurzen Aufzählung der in Frage kommenden Fälle wird schon ersichtlich, daß der Besitz von nur wenig mehr als 25 % des stimmberechtigten Kapitals bei zahlreichen Beschlüssen als Sperrminorität eingesetzt werden kann. Gleichwohl wird man allein auf Grund dieser Tatsache in aller Regel noch keine derartige wirtschaftliche Beherrschung einer anderen Gesellschaft erlangen können, wie es im Rahmen von § 23 GWB erforderlich wäre, um von einem wirtschaftlichen Zusammenschluß sprechen zu können. Hier ist aber nun weiter zu beachten, daß bei zahlreichen Gesellschaften, insbesondere bei den großen Firmen der westdeutschen Wirtschaft das Aktienkapital im Publikum weit gestreut ist und damit ein Besitz von 25 % des Aktienkapitals, sofern ihm kein gleichwertiger oder höherer Besitz in einer anderen Hand gegenübersteht, eine weit größere Machte verleiht, als ihm, gemessen an seiner absoluten Größe rechtlich zukommen würde (3). Wirtschaftlich kann es sich daher beim Erwerb von 25 % des Aktienkapitals einer anderen Gesellschaft, wenn auch nicht um einen Zusam-

(1) s.a. §§ 221 Abs. 1 S. 2; 274 Abs. 1 S. 2; 359 Abs. 2; 362 Abs. 2 S. 2 AktG

(2) s.a. § 147 AktG

(3) ebenso Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd. S. 425; Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 15 Anm. 4; Kern, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 61 : 25 % sind eine Vorstufe der Kontrolle mit einer gewissen Einflußmöglichkeit

menschluß, so doch um einen gewichtigen Konzentrationsvorgang handeln, der mit Recht in den Katalog der meldepflichtigen Tatbestände aufgenommen worden ist.

Dem Frankfurter Kommentar (1) kann darin keineswegs zugestimmt werden, daß sich die "Fiktion" der Nr. 5 besonders weit von der Wirklichkeit entferne, da von einem Zusammenschluß auch im weitesten Sinne erst gesprochen werden könne, wenn der Erwerber mindestens 51 % des stimmberechtigten Kapitals im Besitz habe. Das von ihm als eigenartige Konsequenz bezeichnete Beispiel, daß wenn vier voneinander unabhängige Unternehmen je 25 % des stimmberechtigten Kapitals eines anderen Unternehmens erwerben würden, diese alle vier als zusammengeschlossen mit dem betroffenen Unternehmen angesehen würden, kann diese Ansicht keineswegs stützen. Denn gerade hierbei handelt es sich um ein konstruiertes Beispiel, wie es sicherlich vorkommen wird, etwa wenn mehrere Unternehmen eine gemeinsame Vertriebsgesellschaft gründen oder erwerben, aber wie es doch keineswegs die Regel sein wird. Entgegen der im Frankfurter Kommentar vertretenen Ansicht handelt es sich auch keineswegs um eine "besondere Situation", wenn das übrige Kapital des Unternehmens zersplittert ist, sondern dieses ist bei den großen Unternehmen der westdeutschen Wirtschaft vielfach der Fall, wenn nicht sogar die Regel. Man beachte nur die Geschäftsberichte der großen Aktiengesellschaften, in denen immer wieder besonders hervorgehoben wird, daß das Aktienkapital in viele hundert, tausend oder mehr Hände verteilt ist (2). Als Beispiel sei hier der Geschäftsbericht der Farbwerke Hoechst AG für das Jahr 1960 genannt, wonach das Grundkapital dieser Gesellschaft unter 131 000 Aktionäre verteilt ist. Die Badische Anilin- und Sodafabrik zählte am 1.3.1960 rund 175 000 Aktionäre, bei der Mannesmann AG sind es rund 90 000, bei der August Thyssen-Hütte AG 39 000 und bei der Rheinischen Stahlwerke AG rund 106 000 Aktionäre (3). Gerade aber auch diese großen marktbeherrschenden Unternehmen sind es, die im Rahmen von § 23 GWB besonders erfaßt werden sollen. Es dürfte daher wesentlich häufiger vorkommen, daß ein Besitz von 25 % des stimmberechtigten Kapitals, die in einer Hand sind, wesentlich mehr Rechte gewähren, als ihnen gemessen an ihrer absoluten Größe zukommt, als der umgekehrte Fall, daß 25 % ihrem Inhaber keinerlei Rechte bezüglich der Geschicke des Unternehmens geben. Bereits diese Tatsache rechtfertigt aber die getroffene Regelung. Würde die Grenze bei etwa 50 % oder mehr gezogen, so fielen zahlreiche Vorgänge aus dem Bereich dieser Vorschrift heraus, deren Erfassung vom Sinn und Zweck des § 23 GWB her erforderlich ist.

---

(1) § 23 GWB Tz 31

(2) dazu auch Berndsen, Wem gehören die deutschen Aktien ? in AG 1962, 231 ff

(3) Klug, S. 142, der auf eine gleiche Erscheinung in der amerikanischen Wirtschaft hinweist, m. Nachw. S. 407 Anm. 123, 124

Auch das neue Atkiengesetz von 1965 geht von der Annahme aus, daß bei einem Besitz von 25 % des Grundkapitals zumindestens die Möglichkeit einer Einflußnahme durch den Inhaber eines derartigen Aktienpaketes naheliegt und verpflichtet daher jedes Unternehmen gleich welcher Rechtsform, das mehr als 25 % des Grundkapitals einer inländischen Aktiengesellschaft besitzt, dies der Gesellschaft mitzuteilen (§ 20 AktG).

2.6.3. Der Begriff des Anteilsrechts.

2.6.3.1. Anteilsrechte bei den Kapitalgesellschaften.

Anteilsrechte im Sinne des § 23 GWB sind nur solche, die auch ein Stimmrecht gewähren, wie sich aus der eindeutigen Fassung der Vorschrift ergibt. Es sind dies insbesondere die Anteilsrechte an Aktiengesellschaften (§ 12 AktG), an Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 47 Abs. 2 GmbHG) und bergrechtlichen Gewerkschaften (§§ 111 ff ABG).

2.6.3.2. Anteilsrechte bei den Personalgesellschaften.

Personalgesellschaften haben grundsätzlich kein stimmberechtigtes Kapital (§§ 705 ff BGB, 105 ff, 161 ff HGB). Bei ihnen ist das Stimmrecht nach der - abdingbaren - gesetzlichen Regelung von der Höhe der Beteiligung unabhängig. Sagt der Gesellschaftsvertrag nichts über die Beschlußfassung, so kann diese nur einstimmig erfolgen (§§ 709 Abs. 1 BGB, 119 Abs. 1 HGB). Sofern auf Grund des Gesellschaftsvertrages die Mehrheit zu entscheiden hat, so berechnet sich diese im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter, nicht aber nach ihrer Kapitalbeteiligung (§§ 709 Abs. 2 BGB, 119 Abs. 2 HGB). Selbst wenn aber der Gesellschaftsvertrag das Stimmrecht der Gesellschafter nach der Größe ihrer Kapitalanteile bemißt, so wie sie § 120 HGB für die offene Handelsgesellschaft bestimmt, kann es sich dabei nicht um ein stimmberechtigtes Kapital im Sinne des Rechts der Kapitalgesellschaften handeln. Denn es gibt nach dieser Vorschrift auch passive Kapitalkonten und negative Anteile, die dann überhaupt kein Stimmrecht gewähren (1).

Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, daß heute praktisch nur noch die Personalgesellschaften nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches organisiert sind, die keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben. Im Gesellschaftsvertrag wird die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters in aller Regel nicht nach der Geld- oder Sacheinlage oder nach einem bestimmten Anfangskapital bemessen, sondern nach einem bestimmten Hundertsatz des jeweiligen Vermögens. Nach diesem

(1) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 8

Hundertsatz bemißt sich sodann auch die Stärke seines Einflusses auf die Geschicke der Gesellschaft. In diesem Fall handelt es sich praktisch um eine Organisation, die der der Kapitalgesellschaften entspricht und auch allgemein als zulässig angesehen wird (1). Dem Sinn und Zweck des § 23 GWB entspricht es, auch derartige Anteile im Sinne der Nr. 5 zu betrachten und den Erwerb auch eines derartigen Anteils der Meldepflicht zu unterstellen (2).

2.6.3.3. Anteilsrechte beim Verein.

Kein stimmberechtigtes Kapital gibt es bei einem Verein, da dieser auch keine Kapitalbeteiligung sondern in der Regel nur eine Beitragspflicht kennt. Das gilt auch für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Bei den Vereinen ohne Rechtspersönlichkeit sind die Mitglieder zwar gesamthänderische Träger des Vereinsvermögens, die körperschaftliche Organisationsform hat sich jedoch bereits derjenigen der rechtsfähigen Vereine so weit genähert, daß einem Mitglied beim Ausscheiden kein Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben zusteht, weil der Anteil des Ausscheidenden den übrigen ohne Abfindung "anwächst" (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB) (3). Bei der Abwicklung eines nichtrechtsfähigen Vereins hat das Mitglied höchstens eine Anwartschaft auf das reine bei der Auseinandersetzung nach Beendigung des Vereins sich ergebende Vereinsvermögen. Diese Anwartschaft kann jedoch ausgeschlossen werden. Bei den sogenannten ideellen Vereinen, deren Tätigkeit nicht auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichtet ist, folgt das im Zweifel schon aus dem Vereinszweck als solchen, da das Vereinsvermögen dem Vereinszweck dauernd erhalten bleiben soll (4). Unabhängig von der Höhe ihres Beitrags und auch der Höhe der Beteiligung steht den Mitgliedern also nur die Summe der Mitgliedschaftsrechte zu. § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB kann hier also nicht zur Anwendung kommen.

2.6.3.4. Anteilsrechte bei der Genossenschaft.

Die Genossenschaften haben zwar eine Kapitalbeteiligung ihrer Mitglieder in Form des Geschäftsanteils (§ 7 GenG), unabhängig von der Höhe dieser Beteiligung steht aber jedem Genossen zwingend nur eine Stimme in der Generalversammlung zu (§ 43 Abs. 2 GenG). so daß Stimmberechtigung und Kapital-

(1) Schlegelberger, HGB, § 119 Tz 5, 6, § 161 Tz 31; s.a. Geiler, S. 14 f

(2) ebenso Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 8; Frankfurter Kommentar § 23 Tz 33

(3) RG, U. v. 15.3.1926 in RGZ 113, 125 (135); Prölß, VAG, § 20 Anm. 11; Soergel-Siebert, BGB, § 54 Tz 14/15; Staudinger (Coing), BGB, § 54 Tz 14, 28, 32; Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, S. 200

(4) Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, S. 442

beteiligung voneinander unabhängig sind.

2.6.3.5. Anteilsrechte bei der stillen Gesellschaft.

Ebenfalls kein stimmberechtigtes Kapital im Sinne der Nr. 5 des § 23 Abs. 2 GWB hat die stille Gesellschaft, da hier der stille Gesellschafter lediglich mit einer Einlage an dem Geschäft eines anderen beteiligt ist und dafür an dem Gewinn teilnimmt, im übrigen aber von der Leitung des Geschäfts ausgeschlossen bleibt (§§ 335, 338 HGB, 716 BGB).

2.6.3.6. Anteilsrechte bei der Unterbeteiligung.

Neben der stillen Gesellschaft kommt im Gesellschaftsrecht häufig noch die Unterbeteiligung vor; insbesondere bei der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist sie zu finden, nicht dagegen bei der Aktiengesellschaft (1). Ihr Wesen besteht darin, daß der an einer Gesellschaft beteiligte Gesellschafter (Hauptbeteiligter) einem anderen (dem Unterbeteiligten) eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an seinem Anteil einräumt (2). Ihr Unterschied zur stillen Gesellschaft besteht darin, daß dort die Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines Dritten erfolgt, hier jedoch an einem Gesellschaftsanteil. Es fragt sich daher, ob der Erwerb einer derartigen Unterbeteiligung der Meldepflicht des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB unterfällt, sofern er in der Größenordnung von 25 % des stimmberechtigten Kapitals erfolgt. Dabei ist zunächst zu beachten, daß die Unterbeteiligung nicht mit der Übertragung oder Abtretung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung verwechselt werden darf. Denn der Unterbeteiligte tritt in keinerlei Rechtsbeziehungen zur Hauptgesellschaft, er hat in ihr also keinerlei Rechte und Pflichten (3). Durch die Unterbeteiligung bleibt die Stellung des Hauptbeteiligten der Gesellschaft gegenüber unberührt. Es werden lediglich die Gewinn- und Verlustchancen in einer bestimmten Höhe auf den Unterbeteiligten übertragen, ohne daß diese Verteilung nach außen in Erscheinung tritt. Die Unterbeteiligung ist eine Innengesellschaft, daher fehlt bei ihr die gemeinsame Vertretung nach außen. Aber auch die Geschäftsführung innerhalb der Unterbeteiligung erfolgt grundsätzlich durch den Hauptbeteiligten in eigenem Namen (4). Der Unterbeteiligte kann auch schon deshalb die Rechte der Beteiligung der Gesellschaft gegenüber nicht wahrnehmen, weil nur der Hauptbeteiligte Mitglied der Hauptgesellschaft ist und dieser gegenüber legitimiert ist. Der Unterbeteiligte erlangt also durch eine derartige Beteiligung, die ihm le-

(1) J. v. Gierke, Handelsrecht, S. 443
(2) Janberg in DB 1953, 77
(3) J. v. Gierke, Handelsrecht, S. 443
(4) Janberg in DB 1953, 79

diglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Beteiligung an dem Ertrag einräumt, keinerlei unmittelbaren Einfluß auf die Geschäftsführung der Hauptgesellschaft. Daher kann schon aus diesem Grunde von einem Zusammenschluß im Sinne von § 23 GWB zwischen dem Unterbeteiligten und der Hauptgesellschaft nicht gesprochen werden. Intern wird ihm zwar der Hauptgesellschafter fast stets ein gewisses Mitspracherecht einräumen, so daß er dem Unterbeteiligten gegenüber an bestimmte Vereinbarungen gebunden ist (1), auch das kann aber in aller Regel nicht ausreichen, um auch einen derartigen Vorgang der Meldepflicht zu unterstellen.

Anders wird jedoch dann zu entscheiden sein, wenn es sich bei dem Hauptbeteiligten praktisch um einen Strohmann handelt, der die wahren Eigentums- und Machtverhältnisse verdecken soll und bei dem tatsächlich der Unterbeteiligte die entscheidenden Anordnungen trifft. Hier wird man die Voraussetzungen des § 23 GWB bejahen müssen. In Wirklichkeit handelt es sich dann aber auch nicht mehr um eine Unterbeteiligung im Sinne des Gesellschaftsrechts.

Anteile im Sinne der Nr. 5 sind demnach Aktien, GmbH-Anteile, Kuxe und, soweit sie kapitalistisch nach dem Gesellschaftsvertrag ausgestaltet sind, Anteile an Personalgesellschaften.

2.6.4. Die Errechnung der 25 %.

2.6.4.1. Die Errechnung bei Mehrstimmrechtsaktien.

Dem Sinn der Vorschrift, bestimmte Vorgänge zu erfassen, die einem Unternehmen einen Einfluß auf ein anderes Unternehmen verschaffen können, entspricht es, den Erwerb nicht nach dem nominellen Betrag der erworbenen Anteile zu beurteilen, sondern nach der Höhe der dadurch gewährten Stimmrechte (2). Nach § 12 Abs. 2 AktG können zwar Mehrstimmrechtsaktien nur noch mit Genehmigung der obersten Landesbehörde ausgegeben werden, aber soweit derartige Aktien vor Inkrafttreten des AktG 1965 ausgegeben worden sind, behalten sie ihre Gültigkeit (§ 5 Abs. 1 EG AktG 1965). Sofern also unter diesen Voraussetzungen Mehrstimmrechtsaktien im Rahmen von § 23 GWB in Betracht kommen, so sind sie bei der Berechnung der 25 % entsprechend ihrem erhöhten Stimmrecht einzusetzen.

2.6.4.2. Die Errechnung bei Beschränkungen des Stimmrechts.

Andererseits kann das Stimmrecht auch in der Satzung durch Festsetzung eines Höchstbetrages oder von Abstufungen beschränkt werden (§ 134 Abs. 1 S. 2

(1) so auch Staudinger-Geiler-Keßler, Vorbem. vor §§ 705 Tz 48
(2) ebenso Müller-Gries §§ 23, 24 Tz 2

AktG) (1). Das Gesetz sieht die Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung allerdings nur für den Fall vor, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt. Der Besitz einer einzigen Aktie muß also das volle dem Nennbetrag der Aktie entsprechende Stimmrecht gewähren, so daß ein völliger Wegfall oder eine Verringerung des Stimmrechts erst von dem Betrag an zulässig ist, der dem Nennbetrag derjenigen Aktie entspricht, die über den größten Nennbetrag ausgegeben ist. Andererseits darf die Abstufung nicht derart vorgenommen werden, daß auf einen steigenden Mehrbetrag auch ein im Verhältnis erhöhter Stimmbetrag entfällt. Das würde zum einen keine Stimmrechtsbeschränkung bedeuten, andererseits aber auch dem Verbot der Schaffung von Mehrstimmrechtsaktien ohne Genehmigung durch die oberste Landesbehörde zuwiderlaufen (2).

Die Beschränkung kann durch Festsetzung eines Höchstbetrages erfolgen etwa in der Form, daß niemand mehr als 1000 Stimmen haben darf, oder durch Abstufung von einer bestimmten Höhe an etwa in der Form, daß von 500 Aktien an je 10 Aktien nur noch eine Stimme gewähren. Eine derartige Beschränkung des Stimmrechts durch Festsetzung eines Höchstbetrages ist bei der Privattisierung des Volkswagenwerkes in Wolfsburg durch Gesetz vorgenommen worden. In § 2 des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (3) ist bestimmt worden :

Abs. 1 : Gehören einem Aktionär Aktien im Gesamtnennbetrag von mehr als dem zehntausendstel Teil des Grundkapitals, so beschränkt sich sein Stimmrecht auf die Anzahl von Stimmen, die Aktien im Gesamtnennbetrag des zehntausendstels Teils des Grundkapitals gewähren

Abs. 2 : Zu den Aktien, die einem Aktionär gehören, rechnen auch die Aktien, die ein Dritter für Rechnung des Aktionärs innehat. Ist ein Unternehmen Aktionär, so rechnen zu den Aktien, die ihm gehören, auch die Aktien, die ein beherrschendes, ein von ihm abhängiges oder ein mit ihm konzernverbundenes Unternehmen, oder die ein Dritter für Rechnung solcher Unternehmen innehat.

Eine derartige Beschränkung betrifft allerdings allein die Ausübung des Stimmrechts durch den Aktionär, nicht jedoch eine Veränderung der Mitgliedschaft als solcher (4). Auf diese Weise ist eine Beschneidung der mit einem Aktienpaket verbundenen Herrschaftsmacht ohne Veränderung der Mitgliedschaft möglich. Die Herrschaftsmacht ist aber der eigentliche Ansatzpunkt, der in § 23 GWB zur Normierung der Meldepflicht geführt hat. Da diese in Fällen einer

(1) ausf. dazu Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 116 ff

(2) Schmidt-Meyer-Landrut im Großkommentar zum AktG, § 114 Anm. 9; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 118

(3) Ges. v. 21. 7. 1960 in BGBl. 1960 I, 585 ff

(4) Würdinger, Aktienrecht, S. 73

Beschränkung des Stimmrechts nicht zur Entstehung kommen kann, sind Erwerbsakte, die nicht gleichzeitig zu einem Erwerb von mindestens 25 % der Stimmen führen können, auch keiner Meldepflicht zu unterstellen und fallen daher nicht unter § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB.

2.6.4.3. Die Errechnung bei Vorzugsaktien.

Eine weitere Möglichkeit, bei der der Erwerb einer Aktie nicht unbedingt auch den Erwerb einer Stimme zur Folge hat, besteht bei den Vorzugsaktien. Nach § 139 AktG kann das Stimmrecht für Aktien ausgeschlossen werden, die mit einem Vorzug bei der Verteilung des Gewinns ausgestattet sind. Das bedeutet, daß an die Vorzugsaktionäre eine bestimmte Dividende gezahlt werden muß, bevor überhaupt eine Dividende an die Stammaktionäre gezahlt werden kann (1). Derartige Aktien können von vornherein als solche ausgegeben werden, sie können aber auch dadurch geschaffen werden, daß für schon vorhandene mit einem Vorzug bei der Verteilung des Gewinns ausgestattete Aktien das Stimmrecht ausgeschlossen wird oder daß für schon vorhandene, mit einem solchen Vorzug nicht ausgestattete Aktien das Stimmrecht ausgeschlossen und ihnen ein Vorzug eingeräumt wird (2). Dabei gilt jedoch die Beschränkung, daß Vorzugsaktien ohne Stimmrecht nur bis zum Gesamtnennbetrag der anderen Aktien ausgegeben werden dürfen.

Mit Ausnahme des Stimmrechts haben die Vorzugsaktionäre jedoch alle Rechte aus der Aktie. Insbesondere haben sie das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung, dort das Wort zu ergreifen, Anträge zu stellen, Auskünfte nach § 131 AktG zu verlangen und Widerspruch gegen Beschlüsse zu erheben (2). Sie haben ferner das Recht auf Einberufung der Hauptversammlung (3), das Bezugsrecht nach § 186 AktG (4) und das Recht, die Bestellung von Sonderprüfern nach § 142 Abs. 2 AktG zu verlangen.

Trotz dieser sehr weitgehenden Rechte, die auch den Vorzugsaktionären zustehen, fehlt ihnen doch das Stimmrecht als das entscheidende Mittel, um auf die Gesellschaft einen Einfluß auszuüben. Es fragt sich daher, ob auch der Erwerb eines derartigen stimmrechtslosen Aktienpaketes der Meldepflicht unterfällt. Die Fassung des Gesetzes, die nur den Erwerb von 25 % des stimmberechtigten Kapitals nennt, scheint dem entgegenzustehen, da stimmrechtslose Aktien eben nicht zum stimmberechtigten Kapital gerechnet werden können. In aller Regel mag das auch zutreffen, so daß hier in Übereinstimmung mit dem Frankfurter Kommentar (5) grundsätzlich der Erwerb derartiger Aktien nicht zu

(1) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 115 Anm. 2
(2) Schmidt-Meyer-Landrut im Großkommentar zum AktG, § 114 Anm. 44
(3) Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 106 Anm. 4
(4) Baumbach-Hueck, AktG, § 153 Anm. 2 B
(5) § 23 Tz 36

den meldepflichtigen Vorgängen des § 23 GWB gerechnet werden kann. Diese sind dann freilich auch bei der Berechnung der 25 % völlig außer Betracht zu lassen, so daß bei einem Gesamtnennbetrag von 50 Millionen Anteilen, bei denen 10 Millionen als Vorzugsaktien ausgegeben sind, bereits der Erwerb von 10 Millionen Anteilen den Tatbestand des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB erfüllt, wenngleich es sich dabei auf das gesamte Grundkapital bezogen nur um 20 % der Anteile handelt.

Dieser Regelfall ist aber nicht mehr gegeben, sobald es sich um ein finanziell schwaches Unternehmen handelt, das seinen Verpflichtungen gegenüber den Vorzugsaktionären nicht mehr nachkommen kann. Denn nach § 140 Abs. 2 AktG haben die Vorzugsaktionäre das Stimmrecht bei Beschlüssen aller Art, wenn der Vorzugsbetrag in einem Jahr nicht oder nicht vollständig bezahlt wird und auch im darauffolgenden Jahr der Rückstand nicht nachgezahlt und der volle Vorzug für dieses Jahr gezahlt wird. In diesem Fall leben also die vollen Rechte wie bei einer normalen Aktie wieder auf und es erscheint geboten, den Erwerb von Vorzugsaktien in diesem Stadium der Meldepflicht zu unterstellen. Tatsächlich erlangt das erwerbende Unternehmen in diesem Augenblick einen Einfluß auf die Geschäftspolitik dieses Unternehmens. Es ist sogar denkbar, daß das Unternehmen mit Hilfe dieses Einflusses eine völlige Nachzahlung der Rückstände auf längere Zeit verhindert und somit gleichzeitig verhindert, daß das Stimmrecht der von ihm erworbenen Anteile wieder erlischt. Auf diese Weise kann es sich über längere Zeit einen Machtzuwachs verschaffen, der vom Sinn und Zweck des § 23 GWB aus gesehen der Meldepflicht zu unterstellen ist. Diese Auffassung steht auch im Einklang mit der Gesetzesfassung, da es sich im Augenblick des Erwerbs tatsächlich um stimmberechtigtes Kapital im Sinne der Nr. 5 handelt. Dabei ist ferner zu beachten, daß der Erwerb von Anteilen eines anderen Unternehmens im Wege der Paketübernahme gerade dann häufig erfolgt, wenn ein Unternehmen in wirtschaftlicher Not ist. Würde in diesem Fall der Erwerb von an sich stimmrechtslosen, zu dieser Zeit aber stimmberechtigten Aktien der Meldepflicht nicht unterfallen, so könnte auf diesem Wege über den Erwerb von Vorzugsaktien der gleiche Erfolg herbeigeführt werden wie bei einem normalen Erwerb von stimmberechtigten Aktien. Es entspricht daher dem Wortlaut und auch dem Ziel des § 23 GWB, den Erwerb von Vorzugsaktien, die zur Zeit des Erwerbsvorgangs das Stimmrecht gewähren, ebenfalls der Meldepflicht des § 23 GWB zu unterstellen.

2.6.4.4. Die Errechnung bei Beschränkungen des Stimmrechts aus besonderen Gründen.

Sofern das Stimmrecht der erworbenen Anteile ausgeschlossen ist, weil die Einlage noch nicht voll geleistet ist (§ 134 Abs. 2 AktG), so sind derartige Aktien

gleichwohl bei der Errechnung der 25 % mitzuzählen, da der Erwerber jederzeit in der Lage ist, die Einlage zu erbringen und dann seine Rechte aus den Aktien auszuüben. Eine derartige potentielle Ausdehnung des Einflusses muß aber bereits genügen, um die Meldepflicht zur Entstehung zu bringen (1).

Ebenfalls bei der Berechnung, ob der Erwerb sich auf 25 % des stimmberechtigten Kapitals bezieht, sind zu berücksichtigen die Anteile, bei denen das Stimmrecht aus bestimmten Gründen zur Zeit des Erwerbsvorgangs ruht, sei es, daß eine Abstimmung den Anteilseigner selbst betrifft (§§ 136 Abs. 1 AktG, 47 Abs. 4 GmbHG), sei es, daß sich die Anteile im Eigenbesitz der Gesellschaft befinden (§ 136 Abs. 2 AktG) (2).

Unberücksichtigt bleiben freilich Obligationen, Wandelschuldverschreibungen und Gewinnschuldverschreibungen (§ 221 AktG), da diese kein Stimmrecht, sondern nur eine gewisse Aussicht auf den späteren Erwerb eines Anteils gewähren.

2.6.5. Der Begriff des "Erwerbs" von Anteilen.

Ein Erwerb von Anteilsrechten liegt, dem Sinn der Vorschrift entsprechend dann vor, wenn der Erwerber das Stimmrecht der Anteile ausüben kann. Der Einschränkung des Frankfurter Kommentars (3), ein Erwerb im Sinne von Nr. 5 liege nur vor, wenn er zu Eigentum erfolge, kann jedoch in dieser ausschließlichen Form nicht zugestimmt werden. Richtigerweise wird man es darauf abstellen, ob der Erwerber, und dieser wird hier im weitesten Sinne verstanden, auf Grund des Erwerbsaktes das Stimmrecht der erworbenen Anteile der Gesellschaft gegenüber ausüben kann und darf.

2.6.5.1. Der Erwerb von Anteilen durch Pfandrechte.

Die Frage, ob bei der Verpfändung von Aktien das mit der Aktie verbundene Stimmrecht dem Pfandgläubiger oder dem Eigentümer der Aktien zusteht, ist im Schrifttum heute eindeutig entschieden (4). Da es sich beim Pfandrecht lediglich um die Sicherung des Gläubigers handelt, verbleibt das Stimmrecht mangels abweichender Vereinbarung beim Eigentümer der Aktien. Dieser bleibt trotz der Verpfändung und der durch den Besitz der Aktie ermöglichten formellen Legitimation des Pfandgläubigers gegenüber der Aktiengesellschaft mate-

(1) a.A. Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 36

(2) der dieser Vorschrift entsprechende frühere § 114 Abs. 6 AktG gilt nach h.M. auch für die GmbH-Baumbach-Hueck, GmbHG, § 33 Anm. 3 C; Schmidt in Hachenburg, GmbHG, § 33 Anm. 16

(3) § 23 Tz 34

(4) a.A. nur Heck, Sachenrecht, S. 476, wonach das Stimmrecht dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich zusteht

tiellrechtlich zur Ausübung des Stimmrechts befugt (1).

Gleiches gilt für den Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Auch hier wird eine Verpfändung des Gesellschaftsanteils für zulässig erachtet, das Stimmrecht bleibt aber grundsätzlich bei dem Gesellschafter (2).

Schließlich erlangt auch der Pfändungspfandgläubiger nicht die Befugnis, die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte, insbesondere das Stimmrecht auszuüben (3). Eine Pfändung der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Verwaltungsrechte, insbesondere des Stimmrechts ist weder allein noch in Verbindung mit der Pfändung des Geschäftsanteils möglich, da das Verwaltungsrecht kein Vermögensrecht ist und nur Vermögensrechte pfändbar sind (4). Auch die Tatsache, daß die Gestaltung der Vermögensrechte durch die Ausübung der Herrschaftsrechte mit beeinflußt wird, macht die Herrschaftsrechte noch nicht zu Vermögensrechten im Sinne des § 857 ZPO (5).

Da somit allein auf Grund eines Pfandrechts oder eines Pfändungspfandrechts der Erwerber nicht befugt wird, die Mitgliedschaftsrechte, insbesondere auch das Stimmrecht auszuüben, fallen derartige Vorgänge auch nicht unter die Meldepflicht des § 23 GWB. Der Erwerber erlangt in diesen Fällen keinerlei Einfluß auf die Geschäftspolitik des betroffenen Unternehmens, da die Herrschaftsrechte nach wie vor beim Eigentümer verbleiben.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel ist allerdings beim sogenannten irregulären Pfandrecht gegeben. Hier wird der Pfandgläubiger vom Verpfänder ermächtigt, die Aktien sich anzueignen und nur verpflichtet, an Stelle der verpfändeten Aktien gleichartige zurückzugeben. Nach §§ 13, 15 DepotG mit § 17 DepotG ist er in diesem Fall von den besonderen Aufbewahrungspflichten und Buchführungspflichten des Depotgesetzes befreit. Sobald er von der ihm damit gegebenen Ermächtigung Gebrauch macht und die Aktien für sich verwendet, sie also etwa mit seinen Beständen vermischt oder sie in seinen Büchern als sein Eigentum führt, wird er Eigentümer der Aktien und damit Aktionär der Gesellschaft mit allen damit verbundenen Rechten (6).

---

(1) Schmidt-Meyer-Landrut im Großkommentar zum AktG, § 114 Anm. 3; Ritter, AktG, § 12 Anm. 2 c; Staub-Pinner, HGB, § 252 Anm. 5; Mauer in BB 1960, 120; Lehmann, Das Recht der AG, 2. Bd., S. 62; Spreng in Staudinger, BGB, § 1293 Tz 3; Würdinger, Aktienrecht, S. 76; J. v. Gierke, Handelsrecht, S. 326; Förtsch in DasR 1903, 561

(2) RG, U. v. 17. 1. 1933 in RGZ 139, 224 (227); RG, U. v. 2. 2. 1938 in RGZ 157, 52 (55); Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15 Anm. 6 A; Scholz-Fischer-Klein, GmbHG, § 15 Anm. 71; Vogel, GmbHG, § 15 Anm. 11; Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 15 Anh. I, Anm. 4

(3) Schmidt-Meyer-Landrut, a. a. O., § 114 Anm. 3; Staub-Pinner, HGB, § 252 Anm. 5; Vogel, GmbHG, § 15 Anm. 12

(4) KG, Beschl. v. 24. 7. 1931 in JW 1932, 757

(5) ebenso Bing in JW 1932, 757 (Anm. zum Beschl. d. KG v. 24. 7. 1931)

(6) Förtsch in DasR 1903, 562; Staudinger-Spreng, BGB, § 1293 Tz 3, § 1204 Tz 23 b

In diesem Fall erlangt der Erwerber also tatsächlich die Stellung eines Aktionärs der Gesellschaft gegenüber, und es ist, vom Sinn der Vorschrift her gesehen erforderlich, diesen Erwerbsakt ebenso zu behandeln wie den Erwerb zu Eigentum. Sofern die weiteren Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB hier also gegeben sind, ist ein derartiger Vorgang meldepflichtig.

2.6.5.2. Die Übertragung des Stimmrechts.

Wenn auch grundsätzlich bei der Verpfändung von Anteilen einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung das Stimmrecht dem Eigentümer verbleibt, so steht es den Parteien doch frei, eine davon abweichende Vereinbarung zu treffen (1). Die Möglichkeiten einer derartigen Übertragung des Stimmrechts auf den Pfandgläubiger sind jedoch sehr verschiedenartig.

Allgemein anerkannt ist die sogenannte Legitimationsübertragung bei Aktien (2). Es ist dies ein Anwendungsfall des § 185 BGB, wonach die von einem Nichtberechtigten über einen Gegenstand getroffene Verfügung wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Sie ist anerkannt worden für den Wechsel (3), für Forderungen (4) und vor allem im Aktienrecht (5). Es handelt sich dabei um die Ausübung fremder Rechte im eigenen Namen mit Zustimmung des Berechtigten, also um eine verdeckte Stellvertretung. Um diese Rechte auch der Gesellschaft gegenüber wahrnehmen zu können, bedarf es bei Inhaberaktien der Einräumung des Besitzes an den Aktienurkunden oder der Hinterlegung auf den Namen des Zessionars, bei Namensaktien der Eintragung im Aktienbuch (6). Die gesetzliche Anerkennung hat diese Art der Stimmrechtsübertragung in § 129 Abs. 3 AktG gefunden. Für die Abstimmung in der Hauptversammlung ist lediglich die Verpflichtung normiert, Betrag und Gattung der Aktien anzugeben, die der Zessionar als Legitimationsaktionär vertritt. Im Gegensatz zum Auftreten eines gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreters braucht hier jedoch nicht angegeben zu werden, wer der tatsächliche Eigentümer der Aktie ist (7).

Wird auf diese Weise auch das Stimmrecht auf den Pfandgläubiger übertragen und ist dieser damit allein in der Lage, den durch den Erwerb der Aktien gewährten Einfluß auf die Gesellschaft auszuüben, so entspricht es dem Gehalt der Vorschrift des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB, auch einen derartigen Erwerb, der nicht

(1) Staub-Pinner, HGB, § 252 Anm. 5
(2) so Ritter, AktG, § 12 Anm. 2 c; Würdinger, Aktienrecht, S. 77
(3) RG, U. v. 6. 5. 1927 in RGZ 117, 69 (72)
(4) RG, U. v. 7. 7. 1932 in RGZ 133, 234 (241)
(5) zuletzt RG, U. v. 4. 11. 1927 in RGZ 118, 330 (331); s. a. Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 291 f
(6) Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 15 Anh. II, Anm. 14
(7) von Godin-Wilhelmi, AktG, § 110 Anm. 3

zu Eigentum erfolgt, der Meldepflicht zu unterstellen. Freilich kann von einer echten Einflußmöglichkeit nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerber unabhängig seinen Einfluß geltend machen kann und auch intern nicht an Weisungen des Verpfänders gebunden ist.

Eine andere Art der Stimmrechtsausübung kann nach §§ 164 ff BGB erfolgen (1). Dieser Fall ist auch in § 134 Abs. 3 AktG vorgesehen. Der Unterschied besteht darin, daß hier der Bevollmächtigte den Eigentümer der Aktien aufdekken muß (2). Ist er aber gleichwohl bevollmächtigt, das Stimmrecht unabhängig und nach eigenem Ermessen auszuüben, so ist auch ein derartiger Erwerb meldepflichtig.

Allgemein abgelehnt wird die Legitimationszession des Stimmrechts bei der GmbH (3), der offenen Handelsgesellschaft (4) und der Kommanditgesellschaft (5). Dies wird damit begründet, daß anders als im Aktienrecht hier die Verhältnisse viel persönlicher gestaltet sind und das Stimmrecht in der Hand eines Nichtgesellschafters regelmäßig einen andersartigen Charakter erhält (6). Auch aus der Zulässigkeit der Abtretung des Gesellschaftsanteils im ganzen (§ 15 GmbHG) folgt nichts Gegenteiliges, da eine derartige Abtretung nur einzelner Verwaltungsrechte mit dem persönlichen Einschlag dieser Gemeinschaften nicht vereinbar ist.

Hier besteht jedoch ebenso wie bei der Aktiengesellschaft die Möglichkeit, einen Bevollmächtigten mit der Stimmrechtsausübung zu betrauen. Der Unterschied liegt darin, daß bei der Abtretung ein Wechsel des Rechtsträgers erfolgt, während die Vollmachtserteilung unter Belassung der vollen Rechtssubstanz beim Vollmachtgeber lediglich die Befugnis zur Rechtsausübung im Namen des Vollmachtgebers begründet (7). Es fragt sich jedoch, ob die Vollmachtserteilung auch unwiderruflich erteilt werden darf (8). Dem könnte entgegenstehen, daß die unwiderrufliche Erteilung der Vollmacht praktisch einer Abtretung des Stimmrechts gleichkommt und daher unzulässig ist (9). Denkbar wäre auch eine unwiderrufliche Vollmacht für zulässig zu halten, wenn sie im Interesse

---

(1) Würdinger, Aktienrecht, S. 76

(2) von Godin-Wilhelmi, AktG, § 110 Anm. 3

(3) Feine in Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechts, 3. Bd. III. Abt., S. 398; Brodmann, GmbHG, § 15 Anm. 2 a; Planck-Brodmann, BGB, § 1081 Anm. 2; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15 Anm. 6 A; a. A. RG, U. v. 2. 2. 1938 in RGZ 157, 52 (55)

(4) BGH, U. v. 10. 11. 1951 in JZ 1952, 114 m. zust. Anm. von Hueck, a. a. O.

(5) BGH, U. v. 8. 10. 1953 in MDR 1954, 32

(6) so Feine in Ehrenbergs Handbuch d. ges. HR, S. 398

(7) BGH, U. v. 10. 11. 1951 in JZ 1952, 114

(8) dazu OLG München, Beschl. v. 19. 11. 1932 in JW 1933, 1037

(9) Hueck in JZ 1952, 115

des Bevollmächtigten liegt (1). Für beide Auffassungen sind jedoch keine stichhaltigen Gründe ersichtlich. Wenn die unwiderrufliche Vollmacht auch einer Abtretung sehr nahe kommt, so bleibt sie doch eine Vollmacht und ist als solche zulässig. Wird sie daher als zulässig angesehen, so muß sie auch unwiderruflich erteilt werden können (2).

Ebenso wie bei der Verpfändung von Aktien kann also auch bei der Verpfändung von Anteilen einer GmbH und einer kapitalistisch organisierten offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft im Wege der Vollmachtserteilung das Stimmrecht auf den Pfandgläubiger übertragen werden und dieser damit die Macht erwerben, die an sich nur durch den Erwerb der Anteile zu Eigentum erlangt werden könnte. Es entspricht daher auch in diesem Fall dem Sinn und Zweck des § 23 GWB, einen derartigen Vorgang zu den Erwerbsvorgängen der Nr. 5 zu zählen und ihn der Meldepflicht zu unterstellen.

2.6.5.3. Der Erwerb von Anteilen durch Sicherungsübereignung und Treuhandabtretung.

Gleiche Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Machtverhältnisse eines Unternehmens wie die Verpfändung von Anteilen mit gleichzeitiger Stimmrechtsübertragung haben die Treuhandabtretung und die Sicherungsübereignung von stimmberechtigten Anteilen. Hier bedarf es jedoch keiner weiteren Übertragungsakte hinsichtlich des Stimmrechts, da dieses, anders als bei der Verpfändung gleichzeitig mit auf den Erwerber übergeht (3). Anders als die Verpfändung ist die Sicherungsübereignung und ebenso auch die Treuhandabtretung Übertragung aller Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsanteil. Der Erwerber wird vollberechtigter Gesellschafter (4). Es bedarf hier sogar umgekehrt der Bevollmächtigung oder Stimmrechtsübertragung, wenn der Sicherungsgeber zur Ausübung des Stimmrechts befugt sein soll (5). Ein derartiger Erwerb führt also ebenfalls wie der Erwerb zu Eigentum zu einem völligen Wechsel der Machtverhältnisse hinsichtlich des betroffenen Unternehmens. Wenn auch zu beachten ist, daß der Sicherungsnehmer und der Treuhänder im Innenverhältnis gegenüber dem wahren Eigentümer verpflichtet sind, vom Stimmrecht nicht einen

(1) OLG Frankfurt, U. v. 4.11.1932 in JW 1933, 131 f

(2) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15 Anm. 6 A; Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 15 Anh. I, Anm. 4; Feine in Ehrenbergs Handbuch d. ges. HR, S. 406; Vogel, GmbHG, § 15 Anm. 11

(3) Ritter, AktG, § 12 Anm. 2 c; Würdinger, Aktienrecht, S. 77

(4) Schilling, in Hachenburg, GmbHG, § 15 Anh. I, Anm. 10 a, b; OLG Frankfurt, U. v. 4.11.1932 in JW 1933, 131 (132); Schmidt-Meyer-Landrut im Großkommentar zum AktG, § 114 Anm. 3

(5) RG, U. v. 3.7.1934 in JW 1934, 2906 ff

den Treugeber schädigenden Gebrauch zu machen (1), so bedeutet das doch keineswegs eine so weitgehende Einschränkung der Rechte des Erwerbers, daß hier § 23 GWB nicht zur Anwendung kommen könnte. Auch wenn der Erwerber diese seine Verpflichtung einhält, so bleibt doch ein so weiter Spielraum, auf das Unternehmen in einem wettbewerbsrechtlich relevanten Sinne einzuwirken, daß es gerechtfertigt erscheint, auch einen Erwerb von Anteilen im Wege der Sicherungsübereignung oder Treuhandübertragung der Meldepflicht nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB zu unterstellen.

2.6.5.4. Der Erwerb von Anteilen durch Nießbrauchsbestellung an Anteilen.

Eine den bisher behandelten Formen der Übertragung von stimmberechtigten Anteilen verwandte Form, bei der ebenfalls das Eigentum bei dem Übertragenden verbleibt, ist die Nießbrauchsbestellung. Ihre Zulässigkeit ergibt sich aus den §§ 1068 ff BGB (2). Da sich der Nießbrauch an einem Rechte als teilweise Rechtsnachfolge in das belastete Recht darstellt, fragt es sich, wem dabei die Rechte des Gesellschafters auf Mitverwaltung, insbesondere aber das Stimmrecht zustehen. Den Motiven zum BGB (3) zufolge ist im BGB selbst zu dieser Frage mit Absicht keine Regelung getroffen worden, da man der Auffassung war, es würden sich bei der wesentlich von den Gesellschaftsstatuten abhängenden verschiedenartigen Gestaltung der Fälle allgemeine Vorschriften nicht aufstellen lassen. Auch in den Satzungen der Gesellschaften wird man dazu regelmäßig keine Vorschriften finden (4). Daher ist die Frage zunächst danach zu beantworten, ob die Parteien selbst eine Regelung hinsichtlich des Stimmrechts getroffen haben. Ist danach der Nießbraucher allein berechtigt, das Stimmrecht auszuüben, so wird man diesen Fall ebenso behandeln wie Pfandbestellung mit zusätzlicher Stimmrechtsübertragung. Auch ein derartiger Vorgang ist also zu den meldepflichtigen Erwerbsvorgängen der Nr. 5 zu rechnen.

Schwieriger ist die Frage jedoch zu beantworten, sofern in dem Vertrag über die Nießbrauchbestellung jegliche Regelung fehlt. Während die Rechtsprechung zu dieser Frage bisher keine Stellung hat beziehen müssen, ist das Problem in der Literatur seit langem eingehend erörtert, ohne bisher zu einem allen Meinungen gerecht werdenden Ergebnis zu führen.

Als überholt darf man die früher gelegentlich vertretene Meinung ansehen, das Stimmrecht stehe demjenigen zu, der der Gesellschaft gegenüber formell legitimiert sei (5). Hier wird die Frage der materiellen Berechtigung zur

(1) Schmidt-Meyer-Landrut, a.a.O., § 114 Anm. 3

(2) ebenso J. v. Gierke, Handelsrecht, S. 326; Schilling in Hachenburg, GmbHG, § 15 Anh. I, Anm. 18

(3) Bd. III, Sachenrecht, S. 556

(4) so Staudinger-Spreng, BGB, §§ 1081, 1082 Tz 1

(5) dazu Staudinger-Spreng, BGB, §§ 1081, 1082 Tz 1

Stimmrechtsausübung mit der auf einer ganz anderen Ebene liegenden Frage vermengt, wer im Einzelfall tatsächlich in der Lage ist, das Stimmrecht auszuüben. Die materielle Berechtigung kann aber nicht von der rein äußerlichen formellen Legitimation abhängen. Diese kann sich allein aus materiellen Gesichtspunkten ergeben.

Betrachtet man demnach diese Meinung als überholt, so ergeben sich heute drei Auffassungen.

Ausgehend davon, daß die Abstimmung eine Maßnahme der Verwaltung ist, die dem Nießbraucher grundsätzlich zustehe, und das Stimmrecht eine Art der Nutzung ist, wird teilweise die Meinung vertreten, daß das Stimmrecht allein dem Nießbraucher zustehe (1).

Etwas eingeschränkt folgt dieser Auffassung auch Denecke (2). Dieser spricht grundsätzlich das Stimmrecht dem Nießbraucher zu, da überwiegend in den Hauptversammlungen Beschlüsse gefaßt würden, die das Nutzungsrecht betreffen, wie etwa die Höhe der Dividende, Höhe der Aufsichtsratstantieme, Zuweisungen an besondere Fonds und Genehmigung der Bilanz; sofern jedoch Beschlüsse in Frage kämen, die für das Stammrecht selbst Bedeutung haben wie etwa Betriebsänderungen, Kapitalerhöhungen oder Ausgabe von Gratisaktien, dann stünde das Recht zur Stimmabgabe dem Eigentümer zu, der Nießbraucher habe aber ein Mitbestimmungsrecht.

Nach einer weiteren Meinung steht das Stimmrecht dem Nießbraucher und dem Aktionär gemeinschaftlich zu, und zwar unabhängig von dem Gegenstand der Beschlußfassung, da eine Unterscheidung in Beschlüsse, die das Nutzungsrecht betreffen und solche, die das Stammrecht betreffen, wenn nicht unmöglich so doch äußerst schwierig sei (3). Dieses Stimmrecht soll dann analog § 69 Abs. 1 AktG durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausgeübt werden (4).

Die dritte, und heute wohl als herrschend zu bezeichnende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß das Stimmrecht allein dem Gesellschafter zustehe (5). Dieser Meinung ist auch zuzustimmen. Einer Verteilung der Stimmrechtsbefug-

---

(1) von Godin-Wilhelmi, AktG, § 114 Anm. 3; Hacker, Der Nießbrauch an Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten, S. 65 f; Schmidt-Rimpler in NJW 1953, 1503; Jacobi in Ehrenbergs Handbuch d. ges. HR, 4. Bd., S. 472; Palandt-Hoche, BGB, § 1068 Anm. 4

(2) in BGB-RGRK, III. Bd., 2. Teil, § 1068 Anm. 3

(3) Biermann, BGB, § 1068 Anm. 26; O. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 694, Fn. 75; Heck, Sachenrecht, S. 476; Peters, Die Ausübung des Stimmrechts bei nutznießungsbelasteten Aktien, S. 2.6 ff; Staudinger-Spreng, BGB, §§ 1081, 1082 Tz 1; Baumbach-Hueck, AktG, § 114 Anm. 2B

(4) Peters, a. a. O.; Staudinger-Spreng, a. a. O.

(5) Staub-Pinner, HGB, § 252 Anm. 6; Ritter, AktG, § 12 Anm. 2 c; Weider, Der Nießbrauch an Aktien, S. 57; H. Lehmann, Handelsrecht II, S. 211; K-Lehmann, Das Recht der AG, S. 66; Soergel-Siebert (Mühl), BGB, § 1068 Tz 9; Vogel, GmbHG, § 15 Anm. 13; Planck-Brodmann, BGB, § 1081 Anm. 2; Teichmann-Koehler, AktG § 114 Anm. 2 c

nis nach ihrer Wirkung stehen bereits praktische Gründe entgegen, da es äußerst schwierig sein dürfte, im Einzelfall zwischen sozialrechtlichen und individualistisch-vermögensrechtlichen Interessen zu unterscheiden (1). Aus Gründen der Rechtssicherheit verbietet sich daher eine derartige Unterscheidung. § 69 AktG kann bei der Bestellung eines Nießbrauchs nicht zur Anwendung kommen, da diese Vorschrift nur bei Gesamt- oder Bruchteilseigentum anwendbar ist (2). Der Fall der Nießbrauchsbestellung ist diesen Fällen auch keineswegs so ähnlich, daß sich eine analoge Anwendung dieser Vorschrift rechtfertigen ließe. Schließlich kann das Stimmrecht, auch bei weitester Auslegung des § 100 BGB nicht als eine Art der Nutzung angesprochen werden, da das Stimmrecht kein Vorteil ist, den der Gebrauch der Aktie gewährt. Das Stimmrecht selbst ist überhaupt kein Vermögenswert, den man nutzen kann, sondern ein Mitgliedschaftsrecht. Sofern es zur Dividendenfestsetzung ausgeübt wird, wäre es zwar grundsätzlich dem Nießbraucher zuzusprechen. Darin erschöpft sich aber die Bedeutung des Stimmrechts keineswegs, sondern es kann sogar bis zur Liquidation der Gesellschaft eingesetzt werden. Da aber andererseits der Nießbraucher bei körperlichen Sachen kein Recht zur Umgestaltung und Veränderung, bei Forderungen nur das Recht zur Einziehung hat (§§ 1037, 1074 BGB), hat er auch bei einem Gesellschaftsrecht keine Befugnis, dieses von Grund auf umzugestalten. Da andererseits praktische Gründe und Gründe der Rechtssicherheit einer Aufteilung des Stimmrechts nach seinen Wirkungen entgegenstehen, wird man es grundsätzlich, ebenso wie beim Pfandrecht dem Eigentümer zusprechen müssen. Die Pfandbestellung und der Nießbrauch sind auch keineswegs so wesensverschieden, daß sich hinsichtlich des Stimmrechts eine unterschiedliche Auffassung rechtfertigen ließe. Bei beiden ist der eigentliche Zweck einer derartigen Übertragung, dem Erwerber den wirtschaftlichen Wert des Anteilsrechts zuzuführen, ohne ihn jedoch Gesellschafter der betreffenden Gesellschaft werden zu lassen. In aller Regel würde dies auch nicht den Parteiinteressen entsprechen. Liegt dieses Ziel gleichwohl im Interesse der Parteien, so müssen sie eine andere Form der Übertragung wählen, sei es die Sicherungsübereignung oder Treuhandabtretung oder sei es die Vollabtretung. Diese hat sodann aber auch das Ausscheiden des ursprünglichen Gesellschafters aus der Gesellschaft zur Folge. Sofern die Parteien die Stimmrechtsübertragung aus irgendwelchen Gründen auch bei der Nießbrauchsbestellung oder der Verpfändung für erforderlich halten, so müssen sie dieses ausdrücklich vereinbaren.

Für § 23 GWB bedeutet dieses Ergebnis, daß die Nießbrauchsbestellung allein, da sie dem Erwerber das Stimmrecht nicht vermittelt, auch nicht zu

---

(1) Weider, Der Nießbrauch an Aktien, S. 57; Soergel-Siebert (Mühl), BGB, § 1068 Tz 9

(2) so Fischer im Großkommentar zum AktG, § 63 Anm. 3; Schmidt-Meyer-Landrut im Großkommentar zum AktG, § 114 Anm. 4

den meldepflichtigen Erwerbsvorgängen des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB gehört. Wird allerdings dem Nießbraucher das Stimmrecht ausdrücklich übertragen, dann kann ebenso wie bei der Pfandbestellung auch hier ein meldepflichtiger Tatbestand gegeben sein. Insofern gilt das gleiche wie bei der Verpfändung.

2.6.5.5. Ergebnis.

Ein Erwerb im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB liegt also immer dann vor, wenn der Erwerber mit dem Anteil auch das Stimmrecht übertragen erhält und nunmehr allein den durch den Anteilsbesitz vermittelten Einfluß auf das Unternehmen ausüben kann. Das ist der Fall bei der Übertragung zu Eigentum, wie die Ausführungen gezeigt haben aber auch bei der Sicherungsübereignung und der Treuhandbestellung. Das Pfandrecht, das Pfändungspfandrecht und der Nießbrauch lassen das Stimmrecht nicht mit auf den Erwerber übergehen, hier liegt also grundsätzlich kein meldepflichtiger Tatbestand vor. Wird in diesen Fällen aber das Stimmrecht auf den Erwerber derart übertragen, daß dieser unabhängig das Stimmrecht der Anteile ausüben kann, so ist auch in diesen Fällen ein meldepflichtiger Tatbestand gegeben. Wenn der Frankfurter Kommentar (1) demgegenüber als Erwerb im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB nur den Erwerb zu Eigentum ansehen will, so kann ihm darin keineswegs gefolgt werden. Die wirtschaftlichen Auswirkungen derartiger Erwerbsvorgänge sind in allen Fällen diegleichen, allein darauf kommt es im Rahmen von § 23 GWB aber an. Welcher rechtliche Vorgang einer derartigen Verschiebung wirtschaftlicher Macht zugrundeliegt kann dabei völlig gleichgültig sein. Auch der Begriff "Erwerb" fordert keineswegs zwingend, hier nur den Erwerb zu Eigentum der Meldepflicht zu unterstellen.

2.6.6. Der Erwerb von Anteilen bei Neugründungen.

Erfolgt der Erwerb der Anteile an einem Unternehmen, das bereits besteht, so bereitet ein derartiger Fall keine Schwierigkeiten. Es ist auch gleichgültig, ob die Anteile über die Börse, in Form eines Paketes direkt aus der Hand des Veräußerers oder bei einer Kapitalerhöhung von der Gesellschaft selbst erworben werden. Allein entscheidend ist der Erfolg eines derartigen Erwerbsvorganges.

Anders liegt es jedoch, wenn die Anteile an einer gerade erst neu gegründeten Gesellschaft erworben werden. Hier muß wieder der Sinn und Zweck des § 23 GWB berücksichtigt werden. Erfolgt danach die Gründung einer 100prozentigen Tochtergesellschaft und werden die Aktien anschließend von der Muttergesellschaft übernommen, so handelt es sich nicht um einen meldepflichtigen Tatbestand. Hier geht es nur um eine organisatorische Maßnahme innerhalb eines

(1) § 23 Tz 34

Unternehmens, die zu keiner Vergrößerung der Marktmacht führen kann (1). Der Fall ist ähnlich zu bewerten wie wenn ein Unternehmen durch natürliches Wachstum eine bestimmte Größe erreicht und dabei neue Abteilungen gründet. Auch ein derartiger Vorgang unterliegt keiner Meldepflicht. Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn an der Gründung mehrere selbständige Unternehmen beteiligt sind, wie es etwa häufig der Fall ist bei der Gründung einer gemeinsamen Verkaufsgesellschaft durch mehrere Unternehmen oder der Anlage einer gemeinsamen Pipeline durch mehrere Oelgesellschaften. Hier werden oft derartige Kapitalmittel erforderlich, daß ein Unternehmen allein nicht in der Lage wäre, die Anlage zu erstellen. Durch eine Gemeinschaftsgründung wird die Marktmacht der beteiligten Unternehmen in Höhe der Anteile der anderen Unternehmen ebenso vergrößert, wie etwa bei der Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft. Es rechtfertigt sich daher, einen derartigen Erwerb von Anteilen, sofern er 25 % der Anteile des neugegründeten Unternehmens erreicht, zu den meldepflichtigen Tatbeständen der Nr. 5 zu rechnen (2).

2.6.7. Der Umfang der Meldepflicht.

Goldmann (3) stellt noch die Frage, ob nur der Erwerb der ersten 25 % des stimmberechtigten Kapitals zu melden ist oder auch der Erwerb jeder weiteren 25 %, so daß dann jeweils bei dem Erwerb von 25, 50, 75 und 100 % die Meldepflicht gegeben wäre. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift glaubt er dies bejahen zu müssen. Die Frage erscheint in dieser Form jedoch nicht ganz richtig gestellt zu sein. Es ist vielmehr zu fragen, ob nur dann die Meldepflicht entsteht, wenn der Besitz des Unternehmens an stimmberechtigten Anteilen erstmals die Grenze von 25 % überschreitet oder auch bei jedem weiteren Erwerb. Diese Frage ist aber im zweiten Sinn zu beantworten, da die Nr. 5 lediglich von dem Erwerb von Anteilsrechten spricht und die Meldepflicht davon abhängig macht, daß der Besitz bisher schon 25 % beträgt oder durch den Erwerb erreicht. Das bedeutet aber, daß erst recht jeder Erwerb gemeldet werden muß, wenn das Unternehmen 25 % oder mehr bereits im Besitz hat. Es ist also jeder über die Grenze von 25 % hinausgehende Erwerb zu melden und nicht nur ein solcher, der den Besitz auf 50 oder 75 % erhöht (4).

---

(1) Frankfurter Kommentar § 23 Tz 54; Rinck, Konzernrecht, S. 121 (131)

(2) ebenso Goldmann in WuW 1963, 371; Kartte in WuW 1963, 565 (568 Anm. 10); a. A. Rasch in WuW 1961, 79 (82)

(3) in WuW 1963, 382

(4) ebenso Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 10; a. A. Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 38

2.6.8. Der Erwerb von Anteilen durch Konzernunternehmen.

Bei der Errechnung der 25 % sind auch solche Anteile zu berücksichtigen, die sich im Besitz eines Konzernunternehmens befinden. Der ausdrückliche Hinweis auf § 15 AktG (1) besagt, daß Konzernunternehmen solche im Sinne dieser Vorschrift sind. Nach § 15 AktG 1937 und der dieser Vorschrift im wesentlichen übereinstimmenden Vorschrift des § 18 AktG 1965 sind Konzernunternehmen Unternehmen, die rechtlich selbständig sind, zu wirtschaftlichen Zwecken jedoch unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind. Ein Konzernunternehmen ist aber auch ein rechtlich selbständiges Unternehmen, das auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen steht, oder über ein derartiges Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausübt.

Der Konzernbegriff ist also der des Aktiengesetzes. Der ausdrückliche Hinweis auf § 15 AktG verbietet es, hier einen besonderen Konzernbegriff anzunehmen. Es würde zu weit führen und dürfte auch nicht Aufgabe der Arbeit sein, die verschiedenen Formen konzernmäßiger Verpflechtung und insbesondere die gegenüber dem bisherigen Recht neugefaßten Vorschriften über Konzerne hier näher zu untersuchen. Es sei hier daher auf die Kommentare zum AktG, insbesondere zu § 15 AktG, und den neugefaßten § 18 AktG verwiesen.

2.6.9. Die Meldepflicht der Banken.

Im Rahmen der Nr. 5 stellen sich noch einige Sonderfragen, die einer näheren Betrachtung bedürfen.

Es ist dies zunächst die Frage, die sich auf die Stellung der Banken im Rahmen der Nr. 5 bezieht. Es bedarf wohl keiner näheren Darlegung, daß gerade die Banken eine sehr gewichtige Rolle in allen Fragen spielen, die sich mit dem Erwerb, dem Besitz und der Veräußerung von Kapitalanteilen an Unternehmen ergeben.

2.6.9.1. Das Depotstimmrecht der Banken.

Zunächst seien hier die Anteile erwähnt, die sich in den Kundendepots der Banken befinden. Hier handelt die Bank lediglich als Verwahrer, zum Teil besorgt sie auch die Einziehung der Dividenden und die sonstigen sich aus dem Besitz von Anteilen ergebenden Geschäfte, Eigentümer bleibt aber der jeweilige Kunde. Auch das Stimmrecht steht grundsätzlich dem Kunden zu (2).

Nach § 135 Abs. 4 AktG jedoch dürfen Banken das Stimmrecht aus Aktien,

---

(1) diese Vorschrift ist jetzt in den §§ 15 ff AktG 1965 neu gefaßt worden; dazu Gessler in BB 1965, 681

(2) Ritter, AktG, § 12 Anm. 2 c

die ihnen nicht gehören, im Namen des Eigentümers oder im Namen dessen, den es angeht, ausüben, wenn sie dazu schriftlich ermächtigt worden sind. Die Ermächtigung muß in besonderer Urkunde erfolgen und einem bestimmten Kreditinstitut erteilt werden. Eine derartige Ermächtigung gilt höchstens für einen Zeitraum von 15 Monaten, so daß sie praktisch vor jeder Jahresversammlung erneuert werden muß. Liegt sie aber vor, so ist die Bank in der Lage, das Stimmrecht ihrer eigenen und das der bei ihr deponierten Aktien einheitlich auszuüben, wenn auch bezüglich der fremden Aktien nur für den, den es angeht, oder im Namen des Eigentümers. Anders als nach § 114 Abs. 4 AktG 1937 kann eine Bank das Stimmrecht derartiger fremder Aktien jedoch nicht mehr im eigenen Namen ausüben.

Gleichwohl kann eine Bank, wenn sie größere Bestände an Aktien einer bestimmten Gesellschaft in ihren Depots verwahrt und für diese auf Grund einer entsprechenden Ermächtigung, die bei der Mehrzahl der Aktionäre heute regelmäßig erteilt wird (1), das Stimmrecht auszuüben berechtigt ist, in der Hauptversammlung dieser Gesellschaft einen erheblichen Einfluß gewinnen. Die Frage liegt also nahe, ob nicht auch die Banken, die in ihren Depots einen Bestand von mehr als 25 % der Anteile eines Unternehmens erreichen, für die sie das Stimmrecht ausüben, der Meldepflicht zu unterstellen sind, obwohl sie nicht Eigentümer der Anteile sind.

Dabei ist freilich zu beachten, daß die bisher vielfach geübte Praxis der Banken, durch gegenseitige weitere Stimmrechtsübertragung ihre Position in den einzelnen Hauptversammlungen noch mehr zu verstärken, nach § 135 Abs. 3 AktG nunmehr nur noch möglich ist, wenn das übertragende Kreditinstitut am Ort der Hauptversammlung keine Niederlassung hat.

Folgende Tatsachen sind auch zusätzlich zu beachten. Schon der Ausdruck "Depotstimmrecht" als solcher ist irreführend, insbesondere trifft das jetzt zu, nachdem eine Stimmrechtsausübung durch die Bank im eigenen Namen nicht mehr möglich ist. Ein Depotstimmrecht der Banken, das sich automatisch aus der Verwahrung von Wertpapieren ableitet, gibt es nicht. Dieses sogenannte Depotstimmrecht der Banken erfordert vielmehr einen besonderen Entschluß des Aktionärs, der in bestimmter Form schriftlich zu äußern und in kurzen Zeitabständen regelmäßig zu wiederholen ist. Richtigerweise sollte man daher von einem Ermächtigungsstimmrecht sprechen (2). Das umsomehr, als der Kunde jederzeit berechtigt ist, der Bank für die jeweilige Abstimmung genaue Anweisungen zu erteilen, die Bank selbst verpflichtet ist, dem Kunden ihre eigenen Absichten bezüglich der Stimmrechtsausübung mitzuteilen und davon auch

(1) Beispiele dazu bei Linhardt, Wider das Depotstimmrecht der Banken in AG 1958, 172; dazu auch Kartellbericht in BT-Drucksache IV/2320, S. 40

(2) so auch Vallenthin, Die Ausübung von Aktionärsstimmrechten durch Banken in AG 1958, 204; Beine. Die Reform des Depotstimmrechts unter besonderer Berücksichtigung der Kostenfrage in AG 1959, 179

nur unter bestimmten Voraussetzungen abweichen darf (§ 135 Abs. 5 AktG). Auch kann der Kunde der Bank das Stimmrecht jederzeit wieder entziehen und es selbst ausüben. Die scheinbare Machtfülle der Banken ist also bei näherer Betrachtung keineswegs so groß wie es auf den ersten Blick erscheinen mag.

Es ist weiter zu beachten, daß sich die Banken verpflichtet haben, bei der Ausübung des Stimmrechts die 1952 vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes herausgegebenen "Grundsätze für die Ausübung des Depotstimmrechts" (1) einzuhalten. Darin ist unter anderem festgelegt, daß die Banken das Stimmrecht stets nach den Weisungen des Kunden und in Ermangelung von Weisungen so auszuüben haben, wie sie es im Interesse des Aktionärs für geboten halten. Ferner ist darin vorgesehen, daß trotz Vorhandenseins einer vom Kunden erteilten Stimmrechtsermächtigung vor einer Hauptversammlung Weisungen des Kunden einzuholen sind, wenn Beschlüsse gefaßt werden sollen, die eine 3/4 Mehrheit erfordern oder eine Satzungsänderung bewirken, oder wenn eine Opposition angemeldet ist.

Diese Grundsätze sind 1955 durch einige Erläuterungen verfeinert worden. Diese befassen sich mit der Weiterübertragung des Stimmrechts auf einen Dritten - meist eine andere Bank -, mit der Unterbreitung von Abstimmungsvorschlägen seitens der Banken sowie mit der Weisungsgebundenheit und der Unterrichtungspflicht der Bank (2). Diese Regelung des Depotstimmrechts, die im Einvernehmen mit dem Bundesjustizministerium getroffen wurde, hat offiziell zwar nur für die über die einzelnen Landesverbände dem Bundesverband des privaten Bankgewerbes angehörenden Banken Geltung, praktisch wird das Depotstimmrecht jedoch auch von den übrigen Kreditinstituten in dieser oder in einer nur geringfügig abweichenden Weise gehandhabt (3). Auch aus diesen Bestimmungen ergibt sich also, daß einer Ausnutzung des Depotstimmrechts durch die Banken zu privatem Machtstreben in der Wirtschaft Grenzen gesetzt sind, die auch allgemein eingehalten werden.

Es ist aber noch ein weiteres zu beachten. Bereits oben (4) ist ausgeführt worden, daß die rechtlichen Möglichkeiten, über die Hauptversammlung auf die Geschäftspolitik einer Aktiengesellschaft einzuwirken, äußerst gering sind (5). Sofern man bei der Nr. 5 des § 23 Abs. 2 GWB noch vom Zusammenschluß sprechen kann, so beruht das auf den faktischen Möglichkeiten, die ein erheblicher Aktienbesitz seinem Inhaber gewährt. Diese faktischen Möglichkeiten bestehen aber für eine Bank nicht, da diese nur jweils für die Hauptversammlung und nur bezüglich der Stimmabgabe der Gesellschaft gegenüber legitimiert ist. Darüber

---

(1) abgedr. bei Beine in AG 1959, 180

(2) abgedr. bei Herold in Festschrift für Lehmann, S. 566

(3) so Beine in AG 1959, 180

(4) Kap. s. 6.1.

(5) so auch Beine in AG 1959, 179

hinaus hat aber eine Bank keinerlei Möglichkeiten, auf Grund bei ihr verwahrter Aktien auf die betreffende Gesellschaft einen Einfluß auszuüben. Auch aus diesem Grunde kann daher beim Erwerb von Depotstimmrechten nicht von einem Erwerb von stimmberechtigten Anteilen im Sinne von § 23 GWB gesprochen werden. Allein Erwerbsvorgänge, die die Möglichkeiten eröffnen, die gesamte Geschäftspolitik eines Unternehmens zu beeinflussen oder zu steuern, sollen hier erfaßt werden. Derartige Möglichkeiten bestehen aber für eine Bank auf Grund des Depotstimmrechts nicht (1).

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß zahlreiche Banken in ganz erheblichem Maße die Geschäftspolitik bestimmter Unternehmen beeinflussen und durch Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder in deren Führungsgremien vertreten sind. Der Grund dafür liegt keineswegs in den von ihnen ausgeübten Depotstimmrechten. Es handelt sich vielmehr regelmäßig um Banken, mit denen die Gesellschaften zusammenarbeiten, um die Bankgeschäfte durchzuführen, die mit der Führung eines wirtschaftlichen Unternehmens verbunden sind. Sie stehen den Unternehmen hierbei mit ihren Mitteln, ihrem Rat, ihren Erfahrungen und ihren Verbindungen zur Verfügung. Wenn man überhaupt von einem Einfluß einer Bank auf ein Unternehmen sprechen kann, so beruht er hierauf und nicht auf dem Depotstimmrecht (2).

Zusammengefaßt ist also festzustellen, daß der Erwerb von 25 % des stimmberechtigten Kapitals eines Unternehmens im Wege des Depotstimmrechts durch eine Bank auch wirtschaftlich nicht als Zusammenschluß im Sinne von § 23 GWB angesehen werden kann und daher auch keiner Meldepflicht unterliegt.

2.6.9.2. Eigener Anteilserwerb durch die Banken.

Soweit die Banken freilich eigene Anteile erwerben, sind sie grundsätzlich, wie auch in den übrigen Nummern, den sonstigen Unternehmen gleichzustellen. Das muß auch gelten, sofern der Erwerb aus anderen Gründen erfolgt, als dies gemeinhin bei reinen Industrieunternehmen geschieht.

Denkbar wäre dies etwa zu Kapitalanlagezwecken. Es kann auch geschehen, um einen gewährten Kredit zu retten. Häufig geschieht es auch, um den Kurs eines bestimmten Anteilsrechts an der Börse zu stützen. In allen diesen Fällen erfolgt der Erwerb primär nicht aus Gründen, die zu einer Beeinflussung der Marktsituation führen können. Gleichwohl liegt es auch im Sinn und Zweck des § 23 GWB, tatsächliche Zusammenballungen wirtschaftlicher Macht in bestimmten Fällen zur Kenntnis der Kartellbehörde zu bringen. Betrachtet man nur den

---

(1) Die Banken tragen sogar zur Aufrechterhaltung der Selbständigkeit der Unternehmen bei - so Konzentrationsbericht, BT-Drucksache IV/2320, S. 39

(2) Vallentin in AG 1958, 208 und Die Stimmrechtsausübung durch Banken in AG 1959. 150

ungeheuren Besitz an Anteilsrechten, den die drei größten deutschen Geschäftsbanken ihr eigen nennen (1), so erscheint es sogar dringend geboten, auch diese potentielle Gefahr für die freie Marktwirtschaft zu erfassen und damit der Meldepflicht zu unterstellen. Es kommt daher auch nicht so sehr auf den Zweck an, der mit einem Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB verfolgt wird, als auf den tatsächlichen Erfolg übermäßiger Konzentration wirtschaftlicher Macht in wenigen Händen.

2.6.9.3. Anteilserwerb durch Gründungskonsortien.

Von der Meldepflicht ausgenommen werden müssen jedoch die sogenannten Gründungskonsortien, auch Gelegenheitsgesellschaften genannt (2). Das sind Zusammenschlüsse von in der Hauptsache Banken, die die Kapitalien für die Gründung von Gesellschaften aufbringen, dafür dann Anteilsrechte erhalten, die sie anschließend an das Publikum weiterveräußern (3). Sinn und Zweck dieser Gesellschaften ist es, praktisch eine Zwischenfinanzierung bis zum Verkauf der Anteile an das Publikum zu bekommen. Wirtschaftlich erfolgt hier gar kein Zusammenschluß, da die Anteile nicht auf Dauer erworben werden,sondern zumeist gleich anschließend an das Publikum veräußert werden. Sind ausnahmsweise mal die Anteile zu dem eigenen Bestand genommen, und sei es auch nur, weil sie sich nicht veräußern lassen, so entsteht die Meldepflicht gleichwohl. Gleiches muß bei den Beteiligungskonsortien gelten, die sich bilden, um auf gemeinsame Rechnung Beteiligungen an Handelsgesellschaften zu übernehmen (4). Auch wenn die Anteile, was eine häufige Nebenpflicht des Konsortiums ist, anschließend gleich wieder übernommen werden, um den Kurs zu stützen (5), entsteht die Meldepflicht, da es nicht darauf ankommen kann, ob der Erwerb nur zur Stützung des Kurses oder zu Anlagezwecken erfolgt. Hier ist, anders als bei der Übernahme zwecks Verkaufs, keineswegs abzusehen, wie lange sie im Besitz der betreffenden Bank bleiben.

2.6.9.4. Anteilserwerb durch Kapitalanlagegesellschaften.

Eine sehr interessante Erscheinung bilden die sogenannten Kapitalanlage- (6) oder Effektensubstitutionsgesellschaften (7). Es sind dies Unternehmen, deren

(1) dazu Konzentrationsbericht, BT-Drucksache IV/2320, S. 38 : der gesamte Besitz, sofern er 5 % bei der einzelnen Gesellschaft übersteigt, umfaßt 4, 9 % des Kapitals aller börsennotierten AG'n
(2) Soergel-Siebert (Schultze-v. Lasaulx), BGB, Vorbem. vor § 705 Tz. 44
(3) Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 186; s. a. Bich, Die Gelegenheitsgesellschaft, S. 9, 15
(4) Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 186
(5) dazu Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, S. 90
(6) Schmidt-Meyer-Landrut im Großkommentar zum AktG, § 15 Anm. 10
(7) Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften. S. 91

Geschäftsbereich darauf gerichtet ist, bei ihnen eingelegtes Geld in eigenem Namen für Rechnung der Einleger in Wertpapieren gegen Ausgabe von Anteilsscheinen anzulegen (1). Diesen Gesellschaften liegt der Gedanke der Risikomischung zu Grunde. Es fragt sich nun, ob auch diese Gesellschaften der Meldepflicht der Nr. 5 unterliegen. Praktisch wird die Frage nicht allzu häufig akut werden, da ihnen durch Gesetz vorgeschrieben ist, nicht mehr als 5 % - ausnahmsweise 7,5 % - ihres Vermögens in Anteilsrechten desselben Ausstellers anzulegen (§ 7 Abs. 3 des Gesetzes vom 16.4.1957 (2). Doch kann sich die Frage bei kleineren Spezialfirmen stellen. Sie ist insofern schwierig zu beantworten, als diese Unternehmen keine eigentliche Geschäftspolitik in bezug auf die einzelnen Unternehmen treiben, sondern ihre Tätigkeit sich auf die bestmögliche Anlegung der ihnen anvertrauten Gelder beschränkt. Sieht man jedoch den Zweck des § 23 GWB darin, einen Überblick über die effektive Konzentration in der Wirtschaft zu gewinnen, so sind auch diese Unternehmen grundsätzlich der Meldpflicht zu unterstellen. Das erscheint auch gerechtfertigt, da die potentielle Gefahr der Ausnutzung einer derartigen Machtstellung jederzeit gegeben ist.

Der Gehalt der Nr. 5 des § 23 Abs. 2 GWB kann also dahingehend zusammengefaßt werden, daß er alle Vorgänge einer Meldepflicht unterstellt, die zu einem Erwerb von mindestens 25 % stimmberechtigter Anteile an einer kapitalistisch organisierten Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen führen, wenn nur der Erwerber das Stimmrecht unabhängig von Weisungen Dritter ausüben kann.

2.7. Unternehmenserwerb durch Privatpersonen oder Unternehmer.

Bei den bisher behandelten fünf Gruppen von Zusammenschlußvorgängen ist jeweils davon ausgegangen worden, daß als Erwerber des betreffenden Unternehmens, des Unternehmensteils oder der Anteilsrechte ein Wirtschaftsunternehmen beteiligt ist. Nicht dagegen beantwortet ist damit die Frage, ob auch ein Zusammenschluß von Unternehmen im Sinne des § 23 GWB gegeben ist, wenn der Erwerber nicht ein Wirtschaftsunternehmen sondern eine Privatperson ist.

So ist es durchaus denkbar und auch möglich, daß eine Verschmelzung mit einer Privatperson erfolgt, sofern diese mindestens neun Zehntel der Anteile einer Gesellschaft besitzt und gestützt auf diese Mehrheit die Gesellschaft nach § 15 UmwG übernimmt (3). Denkbar ist ferner der Vermögenserwerb eines Unternehmens durch eine Privatperson (Nr. 2), sei es nach § 361 AktG (4) oder

(1) § 1 des Gesetzes v. 16.4.1957 in BGBl 1957 I, 378

(2) in BGBl 1957 I, 378

(3) dazu Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 255 Tz 6; Schilling im Großkommentar zum AktG, § 255 Anm. 3

(4) dazu Gandenberger, Was ist ein Unternehmen ? insbes. S. 21

sei es nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere §§ 419 BGB, 22, 25 HGB. Schließlich kann auch eine Privatperson eine Betriebsstätte erwerben (Nr. 3), einen Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsvertrag über eine Betriebsstätte abschließen (Nr. 4) oder 25 % des stimmberechtigten Kapitals einer anderen Gesellschaft erwerben (Nr. 5).

Sofern diese Privatperson keinerlei Rechte an Wirtschaftsunternehmen besitzt, sei es auf Grund von Eigentumsrechten, oder sei es auf Grund eines Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsvertrages oder auf Grund von Anteilsbesitz an einer Gesellschaft, so erfolgt durch den Erwerb eines Unternehmens, eines Unternehmensteils oder von Anteilsrechten überhaupt keine Konzentration wirtschaftlicher Macht. Es handelt sich vielmehr nur um einen Wechsel der Inhaber der betreffenden Rechte. Der Erwerber tritt in dieselbe Machtstellung ein, die sein Vorgänger auf dem Markt mit den betreffenden Kapazitäten innehatte. Eine solche Privatperson kann auch nicht als Unternehmen im Sinne des § 23 GWB angesprochen werden, da sie - zumindest bis zu dem Erwerbsvorgang - nicht am Wirtschaftsverkehr teilnimmt (1). Die Voraussetzungen der Meldepflicht nach § 23 GWB sind daher bei derartigen Vorgängen nicht gegeben.

Der Sachverhalt ist jedoch anders, wenn zwar die Privatperson als Erwerberin auftritt, sie aber gleichzeitig auf Grund von Eigentums- oder sonstigen Rechten an einem oder mehreren anderen Unternehmen in irgendeiner Form beteiligt ist. Dabei handelt es sich in der westdeutschen Wirtschaft auch keineswegs um seltene Erscheinungen, die als Ausnahmen unberücksichtigt bleiben könnten. Als Beispiele seien hier nur so bekannte Namen wie Krupp, Flick, Oetker oder Horten genannt, die alle eine ganz erhebliche Zahl von Unternehmen besitzen (2).

Erwerben diese Unternehmer in den Formen des § 23 Abs. 2 GWB Rechte an anderen Unternehmen, so erfolgt tatsächlich eine Konzentration wirtschaftlicher Macht, wenn auch in der Hand des Unternehmers. Dieser Unternehmer ist auch in der Regel wirtschaftlich tätig, da er den Einsatz der ihm gehörenden Unternehmen bestimmt. Gleichwohl fragt es sich, ob auch der Erwerb durch einen solchen "Unternehmer" der Meldepflicht unterliegt, wenngleich die Vorschrift, streng nach dem Wortlaut, nur von Zusammenschlüssen zwischen "Unternehmen" spricht.

Freilich kann bei der Untersuchung unberücksichtigt der Fall bleiben, bei dem ein zu dem Konzern des Unternehmers gehörendes Unternehmen unmittelbar als Erwerber auftritt, oder, was auch vorkommt, eine Holdinggesellschaft, in der der Unternehmer seine gesamten Rechte an den verschiedenen Unternehmen zusammengefaßt hat (3). Bei dieser Ausgestaltung liegt auch streng dem Wortlaut der Vorschrift nach ein Zusammenschluß von Unternehmen vor, der

---

(1) dazu Gandenberger, Was ist ein Unternehmen ? insbes. S. 21

(2) ausf. dazu Lenel, Ursachen der Konzentration, S. 7 ff

(3) so die verschmelzende Umwandlung der Merkur AG, Nürnberg, auf die Helmut-Horten-GmbH, Düsseldorf, s. in Die Welt Nr. 275 vom 26. 11. 1958

keinerlei Besonderheiten aufweist.

Schwierigkeiten bereiten nur die Zusammenschlüsse, bei denen der rechtlichen Konstruktion nach der Unternehmer selbst der Erwerber ist. Hier können jedoch folgende Gesichtspunkte zu einer Lösung führen. Bereits mehrfach ist im Laufe der Arbeit betont worden, daß die Auslegung des § 23 GWB nicht rein formalistisch erfolgen darf. Die Vorschrift befaßt sich mit wirtschaftlichen Vorgängen und diese sind so mannigfaltig, daß sie durch ein starres Festhalten an Begriffen nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechend erfaßt werden könnten. Unhaltbar wäre es daher, die Lösung darin zu sehen, daß § 23 GWB von Unternehmen spricht und also der Erwerb durch einen Unternehmer nicht meldepflichtig ist. Es ist auch zu berücksichtigen, daß bei dieser Auslegung der Vorschrift nicht nur bedeutende Konzentrationsvorgänge von der Meldepflicht nicht erfaßt würden, deren wirtschaftliche Auswirkungen genau so sind, wie wenn eines der Unternehmen der Erwerber wäre, sondern darüber hinaus diesen Unternehmern der Anreiz und die Möglichkeit gegeben würde, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Erwerbsvorganges die Meldepflicht zu umgehen. Weder wäre dies rechtspolitisch erwünscht, noch ließe es sich mit dem Sinn und Zweck des § 23 GWB vereinbaren, der Kartellbehörde einen umfassenden Überblick über die Stärke der Konzentrationsbewegungen in der Wirtschaft zu geben. Von diesem Sinn und Zweck der Vorschrift her gesehen ist es sogar ganz im Gegenteil dringend erforderlich, auch derartige Erwerbsvorgänge mit der Meldepflicht zu erfassen. Das läßt sich auch durchaus mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbaren. Denn es ist zu beachten, daß die Begriffe "Unternehmen" und "Unternehmer" weitgehend austauschbar sind. Während der Unternehmer der Leiter des Unternehmens ist, der die Entscheidungen trifft, "die das Gebilde am Leben erhalten und es in den Markt und die Volkswirtschaft einordnen" (1), erscheint das Unternehmen als die "versachlichte Institution der Tätigkeit des Unternehmers" (2). Berücksichtigt man schließlich, daß im Rahmen von § 23 GWB eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Fordergrund stehen muß, sofern die Auslegung dem rechtspolitischen Grundgedanken der Vorschrift gerecht werden will, so erscheint das Ergebnis richtig, daß auch Erwerbsvorgänge der Meldepflicht unterstehen, an denen der Unternehmer selbst und nicht die versachlichte Institution seiner Tätigkeit als Erwerber beteiligt ist.

Wirtschaftlich macht es keinen Unterschied, wer von beiden rechtlich als Erwerber erscheint, die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen sind in beiden Fällen die gleichen. Auch liegt in beiden Fällen eine wirtschaftliche Konzentration von Marktmacht vor. Die wirtschaftlichen und nicht die rechtlichen Auswirkungen sind aber für § 23 GWB letztlich entscheidend.

---

(1) Redlich, Unternehmer in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 10, S. 489

(2) Grochla, Unternehmung und Betrieb in HdS, Bd. 10, S. 584; Gandenberger, S. 26; Krause in ZfHK 105, 116 ff

Wenn somit auch jeder Erwerb eines Unternehmens durch einen Unternehmer der Meldepflicht des § 23 GWB unterliegt, sofern die weiteren dort genannten Voraussetzungen gegeben sind, so bedarf es doch einer Klärung, wann von einem Unternehmer in diesem Sinne gesprochen werden kann. Es dürfte einleuchten, daß nicht jeder noch so geringe Besitz von Anteilen an einem anderen Unternehmen seinem Besitzer die Eigenschaft eines Unternehmers gibt.

Grundsätzlich wird man daher sagen müssen, daß Unternehmer derjenige ist, der der wirtschaftliche Herr in den betreffenden Unternehmen ist. Das ist der Inhaber einer Einzelhandelsfirma, ebenso aber auch der Alleingesellschafter und der Gesellschafter, der nominell die Mehrheit der Stimmrechte besitzt. Ihnen gleich stellen müssen wird man den Gesellschafter, der zwar nicht die nominelle Mehrheit besitzt, auf Grund einer für ihn günstigen Verteilung der übrigen Gesellschaftsanteile unter mehreren kleinen Gesellschaftern aber tatsächlich eine leitende Stellung in der Gesellschaft innehat. In allen diesen Fällen ist das Schicksal der Gesellschaften so sehr von dem Willen des Gesellschafters (Unternehmers) abhängig, daß dieser, sofern er ein anderes Unternehmen erwirbt, dieses tatsächlich für das von ihm beherrschte Unternehmen tut. Hier eine Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmer zu machen, wäre, außer durch rein formelle Überlegungen, durch nichts zu rechtfertigen.

Freilich handelt es sich bei dem hier gefundenen Begriff "der leitenden Stellung" um eine recht unbestimmte Definition, die in Grenzlagen zu ganz erheblichen Schwierigkeiten und auch Unsicherheiten bei den Beteiligten führen kann. Das kann umsoweniger erwünscht sein, als die Nichtbefolgung der Meldepflicht mit einer nicht geringen Geldbuße bedroht ist (§ 39 GWB). Daß die Vorschrift selbst diese Unsicherheiten vermeiden wollte, zeigt schon ein Blick auf die Nr. 5, in der ein Erwerb von Anteilen nicht erst dann der Meldepflicht unterstellt wird, wenn der Erwerber dadurch eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft erlangt, wie das etwa in Art 66 § 1 MUV durch das Tatbestandsmerkmal der Kontrolle geschehen ist, sondern allein an die Tatsache geknüpft ist, daß der Erwerber damit die Grenze von 25 % aller stimmberechtigten Anteile der Gesellschaft erreicht (1). Die Regelung zeigt also, daß immer dann, wenn jemand diese Grenze erreicht oder überschreitet, die Kartellbehörde davon Kenntnis zu erhalten wünscht. Ihr ist aber ferner zu entnehmen, daß ganz allgemein erst von einem Besitz von 25 % der Anteile an in den Augen der Gesetzesverfasser für den Inhaber eine wettbewerbsrechtlich bedeutsame Stellung begründet wird. Wenn diese Regelung nun auch nur bezüglich des erworbenen Unternehmens getroffen worden ist, so ist es doch, gestützt auf der dieser Regelung zugrundeliegenden ganz allgemeinen Auffassung gerechtfertigt, auch für die hier zu entscheidende Frage die Grenze von 25 % der stimmberechtigten Anteile heranzuziehen. Das würde bedeuten, daß immer dann, wenn die erwerbende Privatperson mindestens 25 % der Anteile an einer anderen Gesellschaft besitzt und

(1) a. A. Frankfurter Kommentar § 23 T z 32

nun ein anderes Unternehmen im Sinne der Nummern 1 bis 5 erwirbt, der Vorgang der Kartellbehörde zu melden ist. Diese Lösung vermeidet nicht nur die sonst auftretenden Schwierigkeiten und Unklarheiten, sondern stimmt auch weitestgehend mit der dem § 23 GWB, insbesondere aber seiner Nr. 5 zu entnehmenden Grundauffassung überein.

Da die Vorschrift nicht der Bekämpfung von Konzentrationsbewegungen dienen soll, sondern ganz allgemein nur einen Überblick über die effektiven Konzentrationsvorgänge und den Grad der Konzentration in der Wirtschaft geben soll, kommt es im Einzelfall nicht darauf an, ob die im Besitz des betreffenden Unternehmers befindlichen Rechte tatsächlich ausgeübt werden, insbesondere auch, ob es sich bei dem Erwerber um einen aktiven Unternehmer handelt (1). Allein die tatsächliche Konzentration von Produktionsmitteln und Gesellschaftsrechten in einer Hand soll erfaßt werden, um einen Überblick über die Verteilung der Marktmacht zu bekommen. Es genügt, daß die Erwerber die Möglichkeiten haben, von den in ihrem Besitz befindlichen Rechten Gebrauch zu machen. Schon der Erwerb von Anteilen an Gesellschaften, der erfolgt, um Geld gewinnbringend anzulegen, ist daher meldepflichtig, wenn er in der Größenordnung von 25 % erfolgt und die weiteren in § 23 GWB geforderten Voraussetzungen gegeben sind.

Der Meldepflicht des § 23 GWB unterliegt also auch ein Erwerbsakt, an dem eine Privatperson beteiligt ist, wenn diese Privatperson weitere Unternehmen allein besitzt oder doch wenigstens mit 25 % des stimmberechtigten Kapitals an weiteren Unternehmen beteiligt ist, und sofern die weiteren in § 23 GWB normierten Voraussetzungen gegeben sind.

2.8. Zusammenschlüsse innerhalb bestehender Zusammenschlüsse.

Im folgenden soll die Frage beantwortet werden, inwieweit innerhalb bestehender Zusammenschlüsse neu vorkommende Zusammenschlußvorgänge erneut meldepflichtig sind. Es ist dies etwa die Frage, ob der Erwerb einer Betriebsstätte, über die bereits ein Betriebsführungsvertrag abgeschlossen war, erneut der Kartellbehörde zu melden ist.

Dabei kann wohl als selbstverständlich vorangeschickt werden, daß die Meldepflicht in jedem Fall entsteht, wenn sich der Vorgang auf eine andere Betriebsstätte, wenn auch desselben Unternehmens bezieht. Gleiches muß auch gelten, wenn bei einem Vermögenserwerb gemäß Nr. 2 die ursprünglich zurückgelassenen Gegenstände nachträglich noch erwerben werden, da hier ein weiterer Konzentrationsvorgang vorliegt (2). Ebenso ist auch bereits die Frage,

---

(1) a.A. Goldmann in WuW 1963, 380; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar §§ 23, 24 Tz 2; Frankfurter Kommentar § 23 Tz 3

(2) a.A. Frankfurter Kommentar § 23 Tz 38

ob ein späterer Erwerb von Anteilen, der einen ursprünglichen Besitz von mindestens 25 % noch vergrößert, in dem Sinne beantwortet worden, daß jeder weitere Erwerbsvorgang der Meldepflicht unterliegt (1).

Grundsätzlich läßt sich jedoch die Frage, ob Zusammenschlüsse innerhalb bestehender Zusammenschlüsse meldepflicht sind, also etwa eine Verschmelzung oder ein Betriebsüberlassungsvertrag mit einem Unternehmen, an dem das übernehmende Unternehmen mehr als 25 % des stimmberechtigten Kapitals in Händen hält, oder der Erwerb eines Unternehmens mit dem ein Betriebsüberlassungsvertrag abgeschlossen worden ist, nur aus dem Sinn und Zweck des § 23 GWB beantworten. Dieser will der Kartellbehörde einen Überblick über die Konzentration der Marktmacht geben. Es ließe sich nun argumentieren, wenn ein Betriebsführungs- oder ein Betriebsüberlassungsvertrag einmal über eine Betriebsstätte abgeschlossen ist, dann hat die Kartellbehörde durch die darüber erfolgte Meldung von der wirtschaftlichen Konzentration an dieser Stelle der Wirtschaft Kenntnis erhalten und es besteht nun kein rechtspolitisches Bedürfnis mehr, nun erneut auch die rechtliche Konzentration etwa in der Form der Übertragung der Betriebsstätte zu Eigentum der Meldepflicht zu unterstellen. Gleiches könnte gesagt werden bei vorangegangenem Anteilserwerb, wenngleich hier die Einflußmöglichkeiten nur, wie bereits ausgeführt worden ist (2), auf faktischen Gegebenheiten beruhen, und bei einem 25prozentigen Besitz sogar ganz entfallen können, wenn ein gleich großer oder größerer Besitz in einer anderen Hand liegt.

Das hätte aber die sicherlich sehr unerwünschte Tatsache zur Folge, daß alle Vorgänge, die innerhalb bereits bei Erlaß des GWB bestehender Konzentrationen im Sinne des GWB vorkommen, die bisher auch nicht hatten gemeldet werden müssen, da sich § 23 GWB nur auf neue Vorgänge bezieht, nie gemeldet werden müssen, so daß hier also praktisch unberührt von den Vorschriften des GWB weiterhin Konzentrationen vorgenommen werden können. Eine Unterscheidung dahin zu machen, ob der bisherige Zustand bereits einmal gemeldet worden ist oder nicht, erscheint aus Gründen der Rechtsklarheit unerwünscht und fände auch keine Stütze im Gesetz. Aus diesen Gründen und insbesondere, weil es rechtspolitisch auch wünschenswert erscheint, daß die Kartellbehörde auch über die Intensität der Konzentration Material erhält, ist daher die Meldepflicht auch auf Konzentrationen auszudehnen, die einen bisherigen Konzentrationszustand noch verstärken (3). Dafür spricht auch der eindeutige Gesetzestext,

---

(1) Kap. 2.6.7.; ebenso Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 10; a.A. Frankfurter Kommentar § 23 Tz 38

(2) Kap. 2.6.1.

(3) a.A. Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 10; wie hier Frankfurter Kommentar § 23 Tz 38, allerdings mit der Einschränkung, daß in Nr. 5 nur das erstmalige Überschreiten der 25 %-Grenze der Meldepflicht unterliegt

der alle fünf Konzentrationsvorgänge gleichberechtigt nebeneinander der Meldepflicht unterstellt und damit keinen Hinweis darauf gibt, ob die Meldepflicht entfällt, wenn bereits ein anderer Konzentrationsvorgang über das gleiche Unternehmen oder den gleichen Unternehmensteil abgeschlossen vorliegt.

Eine Ausnahme ist jedoch für den Fall zu machen, daß sich eine Muttergesellschaft mit einer 100prozentigen Tochtergesellschaft oder zwei 100prozentige Tochtergesellschaften einer gemeinsamen Muttergesellschaft untereinander zusammenschließen. Hier wird zwar der Marktanteil des erwerbenden Unternehmens durch den Marktanteil des erworbenen Unternehmens rechtlich vergrößert. Wirtschaftlich gesehen standen aber beide Unternehmen schon vorher unter einer einheitlichen Leitung und bildeten einen geschlossenen Marktanteil. Hier führt der Zusammenschluß auch keineswegs zu einer Intensivierung des bereits bestehenden Zusammenschlusses, da eine intensivere Gestaltung als das Verhältnis zwischen Mutter- und 100prozentiger Tochtergesellschaft oder zwischen 100prozentigen Schwestergesellschaften überhaupt nicht, auch nicht durch eine Verschmelzung möglich ist. In derartigen Fällen handelt es sich lediglich um rechtliche Umorganisationen, die aber keinerlei wirtschaftliche, insbesondere aber auch keine wettbewerbsrechtliche Auswirkungen haben (1). Es kann dem Frankfurter Kommentar (2) allerdings zugestimmt werden, daß der Fall dann anders liegt und auch ein Zusammenschluß der Meldepflicht zu unterstellen ist, wenn ausnahmsweise vor dem Zusammenschluß zwischen den betroffenen Unternehmen trotz der engen Kapitalverflechtung tatsächlich ein Wettbewerb bestanden hat. Das dürfte aber in der Praxis kaum vorkommen (3).

3. Abgrenzung Kartell-Syndikat-Zusammenschluß.

3.1. Allgemeine Bemerkungen.

Nachdem die Tatbestände abschließend behandelt sind, die einen Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB darstellen und somit der Meldepflicht dieser Vorschrift unterfallen, bedarf es einer Untersuchung der Frage, inwieweit und wodurch sich diese Tatbestände von den Tatbeständen des § 1 GWB unterscheiden. Dies umsomehr, als die Rechtsfolgen beider Vorschriften ganz erheblich voneinander abweichen. Während hier eine Meldepflicht bei Abschluß eines derartigen Vertrages zur Entstehung kommt und bei Nichtbeachtung dieser Vorschrift lediglich eine Geldbuße bis zu 50 000.- Deutsche Mark festgesetzt werden kann (§ 39 GWB), die aber an der Wirksamkeit eines derartigen Vertrages nichts ändert,

(1) ebenso Frankfurter Kommentar § 23 Tz 54; Rinck, Konzernrecht, S. 131

(2) wie Fn. 1

(3) dazu auch Würdinger, Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung in WuW 1961, 748 Fn. 9

sind Verträge im Sinne von § 1 GWB ohne weiteres unwirksam und nichtig.

Welcher Tatbestand nun der jeweiligen Vorschrift unterfällt, ist den Vorschriften selbst zu entnehmen, wobei zu beachten ist, daß beide Vorschriften, wie bereits der gemeinsamen Überschrift des ersten Teils des GWB zu entnehmen ist, dem Schutz der Marktwirtschaft durch Abwehr von "Wettbewerbsbeschränkungen" dienen sollen (freilich in § 23 GWB gegenwärtig nur in der Form einer Anzeigepflicht für bestimmte Zusammenschlüsse verwirklicht).

3.2. Das Kartell.

Die Tatbestände, die einen Zusammenschluß im Sinne des GWB darstellen, sind in § 23 GWB positiv und abschließend aufgezählt. Der Begriff des Kartells dagegen findet sich in § 1 GWB. Diese Vorschrift kennt zwei Arten von Kartellen : die Vertragskartelle und die Beschlußkartelle, die sich letztlich nur in der Art des Zustandekommens unterscheiden. Beide müssen geeignet sein, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkungen des Wettbewerbs zu beeinflussen. Sie stimmen auch darin überein, daß sie einen Vertragsabschluß voraussetzen, der erst die rechtliche Bindung der Partner im Kartell bewirkt. Dadurch unterscheidet sich das Kartell von den sonstigen Arten kollektiv wirkender Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere den Gentlemen's Agreements, die nicht dem Kartellbegriff des § 1 GWB, möglicherweise aber den §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 S. 2 GWB unterfallen (1).

Das wesentliche Kennzeichen der Kartellverträge im Sinne von § 1 GWB ist der von den Unternehmen verfolgte "gemeinsame Zweck". Diese Worte stellen klar, daß nur solche Verträge erfaßt werden, durch die sich die Vertragsparteien verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise gemeinschaftlich zu fördern. Es muß sich also um die Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses im Sinne des § 705 BGB handeln (2). Dieser gemeinsame Zweck muß allen Unternehmen gemeinsam sein, es genügt nicht, daß die Interessen des einen nur durch den anderen gefördert werden. Auch sein Vorhandensein allein reicht nicht aus, er muß vielmehr gemeinsam verfolgt, durch ein irgendwie geartetes Zusammenwirken aller gefördert werden (3).

Der Unterschied zum sogenannten partiarischen Vertrag besteht darin, daß es diesem an den von beiden Vertragspartnern gemeinsam verfolgten Zweck fehlt. Es handelt sich vielmehr um einen Austauschvertrag, bei dem das Entgelt des einen Vertragspartners für die Leistung des anderen Vertragspartners ganz oder

---

(1) Frankfurter Kommentar § 1 Tz 6, 7; Rinck, Wirtschaftsrecht Tz 613 bis 616; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 12, 46

(2) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 15; Frankfurter Kommentar § 1 Tz 8; Kartte, Zur Auslegung des § 1 GWB in WuW 1963, 571; BGH, U. v. 26. 10. 1959 (Glasglühkörper) in WuW/E BGH 359 (361)

(3) dazu Larenz, Schuldrecht, 2. Bd. S. 266

zum Teil in einem gewissen Anteil am Gewinn besteht, den er mit Hilfe der Leistung des anderen Vertragspartners erzielt (1). Hier besteht zwar auch ein gemeinschaftlicher wirtschaftlicher Zweck, nämlich einen möglichst hohen Ertrag oder Gewinn zu erzielen, dieser soll aber nicht durch eine gemeinsame Tätigkeit beider, sondern allein durch die Tätigkeit des einen erzielt werden. Die Leistung des anderen soll diese Tätigkeit lediglich ermöglichen (2).

Der gemeinsame Zweck schließt freilich nicht aus, daß die Beteiligten mit der Gesellschaft gleichzeitig auch eigene Ziele und Interessen verfolgen. Der Endzweck braucht daher nicht gemeinschaftlich zu sein, es muß aber wenigstens ein diesem Endzweck dienendes Mittel von den Vertragsschließenden als gemeinsamer Zweck verfolgt werden. Diesen Zweck zu fördern müssen sich die Gesellschafter in der durch den Vertrag vorgesehenen Weise verpflichten (3).

Den Gegensatz zu diesen Gesellschaftsverträgen bilden die sogenannten Individual- und Austauschverträge, durch welche sich die Partner zu Leistung und Gegenleistung verpflichten. Soweit diese den Wettbewerb beschränken, gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 15 bis 21 GWB. Im Einzelfall kann es freilich zweifelhaft sein, ob ein Individualvertrag oder ob ein Gesellschaftsvertrag vorliegt. Denn auch beim Gesellschaftsvertrag sind die beiderseitigen Leistungen voneinander abhängig. Entscheidend ist, daß die erbrachten Leistungen nicht den Beteiligten selbst zufließen, sondern vereinigt werden, um dem gemeinsamen Zweck zu dienen (4). Dabei brauchen die Leistungen der Beteiligten ihrem Inhalt nach jedoch nicht gleichartig zu sein (5).

Als Gegenstand des gemeinsamen Zwecks kommt nach Müller-Henneberg (6) nur das den Wettbewerb beschränkende Verhalten der Parteien in Betracht (7). Diese Auffassung deckt sich aber keineswegs mit dem durch § 1 GWB normierten objektiven Kartellbegriff. Während nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (8) für den Kartellbegriff die Absicht erforderlich war, eine Marktbeeinflussung auszuüben (9), die Frage jedoch, ob das vereinbarte Verhalten objektiv überhaupt geeignet war, eine Marktbeeinflussung zu bewirken, offen blieb, hat das GWB dem Kartellbegriff die objektive Erforderlichkeit der Eignung zur

---

(1) ausf. Palandt-Gramm, BGB, § 705 Anm. 10

(2) BGH, U. v. 29. 1. 1951 in NJW 1951, 308 (309)

(3) BGH, U. v. 29. 1. 1959 (Glasglühkörper) in WuW/E BGH 359, (362)

(4) BGH, U. v. 29. 1. 1951 in NJW 1951, 308

(5) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 15

(6) im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. zu § 1 Tz 16

(7) ebenso Frankfurter Kommentar § 1 Tz 8

(8) s. u. a. RG, U. v. 9. 7. 1926 in RGZ 114, 262 (265)

(9) ebenso auch Müllensiefen-Dörinkel, Kartellrecht, Kap. V, 6; Naegeli, Die Doppelgesellschaft, 1. Bd., S. 55; Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts, S. 9; Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 15; Rasch, Konzernrecht, S. 35; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 417; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 228; H. Lehmann, Handelsrecht II, S. 294; Müller-Gries § 1 Tz 16

Marktbeeinflussung hinzugefügt, diese aber auch genügen lassen. Ein Kartell, das tatsächlich in der Lage ist, den Markt zu beeinflussen, ist daher unter der Geltung des GWB unzulässig, auch wenn diese Wirkung nicht gewollt ist (1).

Andererseits sind aber diejenigen Vereinigungen, die sich zwar in der Absicht einer Marktbeeinflussung zusammengetan haben, eine solche aber aus irgendwelchen Gründen nicht verwirklichen können, nicht als Kartell anzusehen. Entgegen Müller-Henneberg (2) und dem Frankfurter Kommentar (3) ist diese objektive Eignung nicht nur bezüglich der Marktbeeinflussung sondern auch bezüglich der Wettbewerbsbeschränkung für den Kartellbegriff erforderlich aber auch ausreichend (4).

Als wesentliches Merkmal des Kartells im Sinne von § 1 GWB ist also der gemeinsame Zweck der beteiligten Unternehmen zu nennen, der die genannten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auf den Markt hat. Die Verfolgung eines derartigen gemeinsamen Zwecks setzt aber bei den beteiligten Unternehmen begriffsnotwendig einen eigenen Willen voraus. Dieser ist jedoch nur gegeben, wenn die Beteiligten zumindest wirtschaftlich selbständig sind und auch trotz des Vertragsschlusses bleiben (5). Gerade dieses Merkmal fehlt aber, wenn dies auch bei einem Besitz von 25 % der Anteile für Nr. 5 nur bedingt gesagt werden kann, den Tatbeständen des § 23 GWB. Kennzeichen dieser Verträge ist es gerade, daß das zusammengeschlossene Unternehmen oder der Unternehmensteil unter die Herrschaft des anderen Unternehmens gerät und damit aufhört, gegenüber dem herrschenden Unternehmen selbständige Entscheidungen zu treffen. Die Beziehungen zwischen dem herrschenden und abhängigen Unternehmen bleiben also von § 23 GWB unberührt. Anders freilich ist das Verhältnis der in dieser Weise verbundenen Unternehmen zu außenstehenden Unternehmen zu beurteilen. Für Verträge dieser Art bleibt § 1 GWB unbeschränkt anwendbar, da insofern sich selbständige Unternehmen gegenüberstehen. Daß das abhängige Unternehmen im Innenverhältnis möglicherweise auf Weisung des

---

(1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 1 GWB Tz 28; Fikentscher, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung in WuW 1960, 681; Kartte in WuW 1963, 571; Haberkorn, Abgrenzung von Konzern und Kartell unter besonderer Berücksichtigung der Art 65 und 66 des MUV in WRP 1961, 181; ders., Zum Kartellbegriff des § 1 GWB in GRUR 1960, 368; BGH, U. v. 26. 10. 1959 (Glasglühkörper) in WuW/E BGH 359 (363) mit zust. Anm. von Fikentscher in WuW/E BGH 367

(2) im Gemeinschaftskommentar, Vorbem. zu § 1 Tz 16

(3) § 1 Tz 8

(4) BGH, U. v. 26. 10. 1959 (Glasglühkörper) in WuW/E BGH 359 (363 : "Es genügt, daß zum gemeinsamen Zweck die unabhängig davon zu beurteilende Eignung zur Beeinflussung der Erzeugung oder der Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs hinzutritt");ebenso Fikentscher in WuW/E BGH S. 367

(5) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 228; H. Lehmann, Handelsrecht II, S. 294

herrschenden Unternehmens handelt, kann dem nicht entgegenstehen. Würdinger (1) formuliert den Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen folgendermaßen: "Während in den Tatbeständen der §§ 1 und 15 die beteiligten Unternehmen als Subjekt des Vertrages erscheinen, ist das aufgenommene oder zu verschmelzende Unternehmen in den Fällen des § 23 Objekt der Maßnahme oder des Vertrages".

3.3. Arten der Wettbewerbsbeschränkungen im GWB.

Ein weiterer Unterschied zwischen den Tatbeständen des § 1 GWB und des § 23 GWB ergibt sich aus einer Untersuchung der verschiedenen Fallgruppen, die im ersten Teil des GWB unter der gemeinsamen Überschrift "Wettbewerbsbeschränkungen" geregelt sind. Dieser gemeinsamen Überschrift ist also zu entnehmen, daß jede dieser Vorschriften in irgendeiner Form dem Schutz des Wettbewerbs dienen soll.

In der ersten Gruppe von Wettbewerbsbeschränkungen erfolgt dies in der Weise, daß hier Fälle erfaßt werden, bei denen Wettbewerber ihre Handlungsfreiheit untereinander vertraglich einschränken. Dabei sind drei Stufen zu unterscheiden. In der einfachsten Form des Kartells erfolgt keine Kontingentierung, der Kartellzweck erschöpft sich in einer gewissen wirtschaftlichen Beschränkung der beteiligten Unternehmen, die rechtlich in der Vereinbarung bestimmter Unterlassungspflichten zum Ausdruck kommt (2).

In der nächst höheren Stufe erfolgt eine Kontingentierung, aber keine Zentralisierung, wobei über die Kontingentierung des Absatzes auch eine Kontingentierung der Produktion erreicht wird. Es werden Höchstmengen des Absatzes festgelegt und diese nach einem bestimmten Schlüssel auf die beteiligten Unternehmen verteilt (3).

Die höchste Stufe der Kartellorganisation schließlich bilden die Kartelle mit Kontingentierung und Zentralisierung, die sogenannten Verkaufskartelle oder Syndikate. Der Absatz ist kontingentiert, zusätzlich aber auch in der Hand der beteiligten Unternehmen vereingt, so daß er durch eine Zentrale abgewikkelt wird (4) (§§ 1 bis 8 GWB).

In der zweiten Gruppe von Wettbewerbsbeschränkungen regelt das Gesetz Tatbestände, bei denen Unternehmen die Handlungsfreiheit ihrer Abnehmer und Lieferanten vertraglich einschränken (§§ 15 bis 18 GWB).

In den Fällen der dritten Gruppe wird nicht nur die Handlungsfreiheit von Unternehmen wie in den beiden ersten Gruppen eingeschränkt, sondern hier ergreift der Vertrag die Träger der Handlungsfreiheit, die Unternehmen oder Un-

---

(1) Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung in WuW 1961, 747; zust. Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 22

(2) Geiler, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen, S. 27

(3) Geiler, a.a.O., S. 28

(4) Geiler, a.a.O., S. 29; Staudinger-Geiler-Keßler, BGB, Vorb. vor § 705 Tz 63b

ternehmensteile selbst (§ 23 GWB).

Eine vierte Gruppe schließlich erfaßt Verhaltensweisen von Unternehmen oder Unternehmensverbindungen, die den Wettbewerb durch Mißbrauch von Marktmacht, durch Zwang oder durch Boykott anderer Unternehmen stören, indem sie diese vom Markt fernhalten, ihre Handlungsweise beschränken oder sie vom Markt verdrängen (§§ 22, 25, 26 GWB).

Die gemeinsame Überschrift des ersten Teils des GWB umfaßt also ganz verschiedenartige Wettbewerbsbeschränkungen, wobei hier nur die Wettbewerbsbeschränkungen des § 1 GWB und des § 23 GWB interessieren. Während in § 1 GWB die Handlungsfreiheit der Wettbewerber geschützt werden soll, ist es in § 23 GWB der Wettbewerber selbst, seine innere Struktur und die Unabhängigkeit seiner Willensbildung. Oder anders ausgedrückt : "§ 1 zielt auf ein wettbewerbskonformes Marktverhalten, § 23 auf eine wettbewerbskonforme Marktstruktur" (1).

Bei den Kartellen handelt es sich also im wesentlichen um Zusammenschlüsse zur Interessenzügelung (2), meist verbunden mit Absatz- oder Einkaufsorganisationen, um vertragliche Bindungen zwischen wirtschaftlich selbständigen Unternehmen und zwar nur bezüglich einzelner Funktionen (3). Bei ihnen fehlt noch jede kapitalistische Vergemeinschaftung der Interessen. Es fehlt aber auch jede Risiko- und Ertragsgemeinschaft, wie sie zum Wesen der Zusammenschlüsse gehört. Die zusammenstoßenden Interessen werden nicht etwa vergemeinschaftet, sondern lediglich reguliert. Jedes beteiligte Unternehmen ist nach wie vor unabhängig an einem möglichst hohen Ertrag interessiert und bleibt insofern Konkurrent der Kartellmitglieder (4). Insbesondere kann es - für verschiedene Erzeugnisse - auch mehreren Kartellen angehören (5).

3.4. Der Zusammenschluß.

Bei den Zusammenschlüssen des § 23 GWB dagegen handelt es sich vorwiegend um Maßnahmen kapitalmäßiger Art (6), um Zusammenschlüsse auf finanzieller Grundlage (7) oder doch um Verträge, die in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen Zusammenschlüssen auf finanzieller Grundlage gleichkommen. Das Kartell will auch primär den Markt der von seinen Mitgliedern hergestellten Erzeugnisse beeinflussen, indem es den freien Wettbewerb durch bestimmte Bindungen

(1) Kartte in WuW 1963, 575
(2) so Geiler a.a.O., S. 55
(3) Friedlaender, Konzernrecht, 1927, S. 227
(4) Geiler, a.a.O., S. 81
(5) Rasch, Konzernrecht, S. 35
(6) Müllensiefen-Dörinkel, Kartellrecht, Kap. V, 6
(7) Müllensiefen, Kartelle als Produktionsförderer, S. 9; Lehnich, Kartelle und Staat, S. 27; ebenso f. d. schweizer Recht : Merz, Über die Schranken der Kartellbildung, S. 1 f

der beteiligten Unternehmen zwischen diesen Unternehmen einschränkt. Soweit ein Zusammenschluß zu einem marktbeherrschenden Konzern führt, hat er zwar auch die Tendenz, den Markt zu beeinflussen. Seine vornehmlichen Ziele sind jedoch anderer Natur. Vor allem sind diese Zweckmäßigkeitserwägungen. Konzerne sind in weit höherem Maße zur Rationalisierung des technisch-wirtschaftlichen Geschehens bereit, sie sind auch schneller in der Lage Entschlüsse zu fassen als Kartelle mit ihrer umständlichen kollektiven Willensbildung. Insbesondere aber will der Konzern die angeschlossenen Unternehmen nicht nur gewissen Beschränkungen unterwerfen, sondern sie wirtschaftlich, finanziell und organisatorisch völlig seiner einheitlichen Leitung unterstellen (1). So kann man auch sagen, das Kartell wirkt primär nach außen, der Konzern in erster Linie nach innen (2). Der frühere Reichsfinanzhof (3) hat das einmal zwar etwas überspitzt aber doch im Grunde zutreffend dahingehend ausgedrückt : "das Kartell will den Markt beherrschen, der Konzern das Vermögen".

Den Verträgen über einen Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB fehlt es im Gegensatz zu den Kartellverträgen auch regelmäßig und in ihrer ursprünglichen Form an dem Tatbestandsmerkmal "zu einem gemeinsamen Zweck" im Sinne des § 1 GWB. Gegenstand dieser Vertäge ist allein die Verschmelzung, die Übernahme des Vermögens oder eines Betriebes, der Betriesüberlassungs- oder der Betriebsführungsvertrag und die Übernahme von Anteilen, jeweils gegendie ebenfalls in dem Vertrag festgelegte Gegenleistung. Es handelt sich also in erster Linie nicht um Gesellschaftsverträge oder gesellschaftsähnliche Verträge, sondern um unmittelbare Vollzugsgeschäfte (Nr. 2, 3, 5) oder um Austauschverträge oder Verträge eigener Art (Nr. 1 und 4), die aber nie primär zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen werden (4). Zwar steht als Motiv hinter jedem dieser Verträge, einen nach Möglichkeit höheren Gewinn als bisher durch den Zusammenschluß zu erzielen, dieses Motiv gibt den Verträgen aber nicht den Charakter eines Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlichen Vertrages. Schließlich wird dieses Ziel auch nicht gemeinsam verfolgt, sondern allein von dem erwerbenden Unternehmen, da das andere, wenn auch bei einem Erwerb von 25 % der Anteile nur bedingt, sich aufgibt und seine Unabhängigkeit ganz oder doch bezüglich des betroffenen Unternehmensteils verliert.

Würdinger (5) ist allerdings darin zuzustimmen, daß die Zusammenschlüsse des § 23 GWB als Ausführungsgeschäfte im Rahmen eines auf einen gemeinsamen Zweck gerichteten Gesellschaftsvertrages auftreten können und daher in einem derartigen Fall auch die Vorschrift des § 1 GWB tangiert werden könnte. Dann fällt aber nicht das Ausführungsgeschäft, sondern nur das Grundgeschäft, nämlich der Gesellschaftsvertrag, unter § 1 GWB, während das Ausführungsgeschäft unter § 23 GWB fällt. Dieser Fall dürfte aber keinerlei Schwierigkeiten bereiten.

(1) ähnlich Haussmann, 1. Teil, S. 13; Rinck, Konzernrecht, S. 123
(2) Rasch, Konzernrecht, S. 35; Koberstein, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 18
(3) U. v. 30. 1. 1930 (Shell-Urteil) in StuW 1930, Nr. 321
(4) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 22
(5) in WuW 1961, 747; ebenso Kartte in WuW 1963, 566

3.5. Das Syndikat.

Zwischen dem Kartell und dem Zusammenschluß steht als höchste Organisationsform des Kartells das Syndikat (1). Vom Zusammenschluß unterscheidet sich dieses dadurch, daß es noch ein Kartell mit allen seinen Kennzeichen ist, wenn auch in der höchsten Form kartellmäßiger Verbindung ausgebildet. Es ist ein Kartell, das die Absatz- und Einkaufstätigkeit seiner Mitglieder kontingentiert, darüber hinaus aber auch in der Weise zentralisiert, daß die Geschäftsabschlüsse mit den Abnehmern und Lieferanten nicht mehr dem einzelnen Kartellgenossen überlassen bleiben, sondern durch eine zentrale Geschäftsstelle besorgt werden. Wenn es auch nicht unbedingt erforderlich ist, so erfolgt der Zusammenschluß doch regelmäßig in der Weise, daß sich die Kartellmitglieder selbst zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen und dann, da eine solche Gesellschaft in Ermangelung der Rechtsfähigkeit nicht selbst in den rechtsgeschäftlichen Verkehr treten könnte, eine besondere juristische Person als Geschäftsstelle gründen, die die Geschäfte abwickelt (2).

Hier unterliegen die Kartellmitglieder also nicht nur den auch sonst bei Kartellen üblichen Beschränkungen in Bezug auf Erzeugung und Absatz, sondern dieser selbst wird ihnen genommen. Gleichwohl bleibt die wirtschaftliche Selbständigkeit der Mitglieder erhalten, wenn sie auch stark in ihrer Bewegungsfreiheit eingeengt ist. Soweit nicht Pflichten bezüglich der Erzeugung und des Absatzes berührt werden, können die Mitglieder auch selbständige wirtschaftliche Entscheidungen treffen. Beides fehlt aber bei den Zusammenschlußtatbeständen des § 23 GWB.

3.6. Ergebnis.

Als grundsätzliches Ergebnis kann also gesagt werden, daß es sich bei den Kartellen einschließlich der Syndikate um Zusammenschlüsse wirtschaftlich selbständiger Unternehmen bezüglich einzelner Funktionen handelt, während bei den Zusammenschlüssen des § 23 GWB das Unternehmen oder ein Teil eines Unternehmens in seiner Gesamtheit erfaßt und in seiner Gesamtheit einem fremden Willen unterstellt wird, wobei dies freilich bezüglich der Nr. 5 insofern eingeschränkt werden muß, als ein Erwerb von 25 % des stimmberechtigten Kapitals in der Regel für den Erwerber keine umfassenden Einflußmöglichkeiten auf die Leitung eines Unternehmens gewährt. Bei den Kartellverträgen handelt es sich um Gesellschafts- oder gesellschaftsähnliche, bei den Zusammenschlüssen nach § 23 GWB um unmittelbare Vollzugsgeschäfte, Austauschverträge oder Verträge eigener Art. Das Kartell will primär den Markt beeinflussen oder beherrschen, der Zusammenschluß primär den fremden Wettbewerber und seine

---

(1) Geiler, a.a.O., S. 29; Deringer im Gemeinschaftskommentar, § 5 Tz 96, 104

(2) ausf. dazu Naegeli, Die Doppelgesellschaft, I. Bd., S. 66 ff; Deringer, Gemeinschaftskommentar, § 5 Tz 96, 104; Geiler, a.a.O., S. 29; Staudinger-Geiler-Keßler, BGB, Vorbem. vor § 705 Tz 63 b

Produktionsgrundlagen.

In seiner typischen Form kann ein Zusammenschluß im Sinne des § 23 GWB also niemals den Tatbestand des § 1 GWB erfüllen wie auch der eigentliche Kartellvertrag grundsätzlich nicht der Meldepflicht des § 23 GWB unterfallen kann. Eine Einschränkung ist jedoch bezüglich des Syndikats zu machen, sofern das einzelne Kartellmitglied 25 % oder mehr der stimmberechtigten Anteile an der gemeinsamen Geschäftsstelle erwirbt. Denn hier erfolgt zwar ein Zusammenschluß im Sinne des § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB, gleichzeitig bedarf ein derartiger Vertrag aber auch der Genehmigung nach § 5 Abs. 3 GWB.

3.7. Einzelfragen.

Im einzelnen ist dem Ergebnis noch folgendes hinzuzufügen. Der typische Fall eines Zusammenschlusses in dem hier gefundenen Sinne ist nur bei der Verschmelzung der Nr. 1 gegeben. Denn durch die Verschmelzung wird aus zwei Unternehmen ein Unternehmen gebildet. Das aufgenommene oder, im Falle der Verschmelzung durch Neubildung, die aufgenommenen Unternehmen verlieren unmittelbar ihre wirtschaftliche und auch ihre rechtliche Selbständigkeit, ja sogar ihre Existenz als Unternehmen selbst (§§ 346 Abs. 4 AktG, 5 UmwG) und unterstehen in Zukunft der einheitlichen Leitung des aufnehmenden Unternehmens.

Der Vermögenserwerb (Nr. 2) läßt den Rechtsträger Unternehmen und dessen wirtschaftliche Selbständigkeit unberührt, hier aber wird all' das erfaßt und dem Erwerber unterstellt, was ihm als Wettbewerber seine Bedeutung verleiht, nämlich sein gesamtes Vermögen als Grundlage seiner bisherigen wirtschaftlichen Tätigkeit. Dieser eigentliche Vertrag über die Übernahme des Vermögens unterliegt allein der Meldepflicht des § 23 GWB. Da das Unternehmen selbst jedoch als Rechtsträger weiterhin bestehen bleibt, auch für den Verkauf seines Vermögens regelmäßig eine entsprechende Vergütung erhält, kommt es freilich auch weiterhin als Wettbewerber in Betracht und kann insoweit auch weiterhin Kartellverträge im Sinne der §§ 1 ff GWB abschließen. Insofern ist es durchaus denkbar, daß § 1 GWB und § 23 GWB zusammentreffen und gleichzeitig angewendet werden müssen, zumal wenn die nach § 1 GWB erheblichen Vereinbarungen in demselben Vertrag enthalten sind. Auch kann die Vermögensübernahme als Ausführungsgeschäft in einem Kartellvertrag enthalten sein (1).

Gleiches gilt für die Verträge im Sinne der Nr. 3, wobei der alleinige Unterschied darin besteht, daß sich diese Verträge nur auf einen Teil eines Unternehmens beziehen. Auch hier sind also bezüglich der verbleibenden Unternehmensteile durchaus Verträge denkbar, die eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB darstellen. Sofern diese in dem Vertrag über die Übernahme

(1) Würdinger in WuW 1961, 747

einer Betriebsstätte mitenthalten sind, handelt es sich um Vereinbarungen, die über den eigentlichen Zusammenschlußtatbestand hinausgehen und insofern auch den darauf zutreffenden Vorschriften unterliegen.

Für die Verträge nach Nr. 4 gilt das gleiche wie für die Verträge nach Nr. 2 und 3. Hinzu kommt, daß diese Verträge nicht zu einer eigentumsmäßigen und damit endgültigen Verschiebung der Machtverhältnisse führen, wirtschaftlich aber gleichwohl diese Unternehmensteile in den Wirtschaftsverband eines anderen Unternehmens eingegliedert werden und damit ihre Selbständigkeit als Ganzes verlieren. Bei diesen Verträgen ist zu beachten, daß es regelmäßig nicht im Sinne des Betriebsübernehmers oder des Betriebsführers liegen wird, daß ihm der Eigentümer der Betriebsstätte mit seinen übrigen Betriebsstätten auf dem Gebiet der betreffenden Betriebsstätte Konkurrens macht. Der Wert eines derartigen Vertrages würde dadurch erheblich sinken. Ebenfalls häufig ist der Fall, daß zwei oder mehrere Unternehmen, um den Wettbewerb untereinander auszuschalten, ihre Betriebsstätten einem dritten Unternehmen verpachten, das sie gemeinsam kontrollieren. Beziehen derartige Verträge sich auf den Unternehmensteil, der nicht mit übertragen wird, so ist § 1 GWB unbeschränkt anwendbar. Gleiches muß aber auch für den Fall gelten, daß der betreffende Unternehmensteil Gegenstand des Vertrages ist. Begrifflich handelt es sich hier um die Überlassung eines Betriebes an ein anderes Unternehmen, wirtschaftlich stellen sich diese Verträge jedoch als Kartellverträge im Sinne der §§ 1 ff GWB dar, die auch allein dieser Vorschrift unterfallen (1). Entscheidend ist also jeweils, ob allein die betreffende Betriebsstätte in den Wirtschaftsverband des anderen Unternehmens eingegliedert werden soll, oder ob daneben noch Vereinbarungen getroffen werden, die die wirtschaftliche Freiheit des Unternehmens selbst einschränken.

In Nr. 5 schließlich werden Verträge der Meldepflicht unterstellt, die ebenfalls das gesamte Unternehmen erfassen, wenn auch nur mittelbar durch den Erwerb einer dominierenden Stellung in der Gesellschafterversammlung. Dieser Tatbestand ist jedoch insofern erheblich weit gefaßt, als schon der Erwerb von 25 % des stimmberechtigten Kapitals im Sinne der Vorschrift einen Zusammenschluß darstellt, tatsächlich jedoch ein derartig geringer Besitz nicht unbedingt zu einer beherrschenden Stellung in der Gesellschaft führen wird. Reicht dieser Besitz von 25 % oder ein entsprechend höherer Besitz dagegen aus, um entscheidend auf das betreffende Unternehmen einzuwirken, etwa weil der übrige Besitz unter zahlreiche Aktionäre mit nur wenigen Anteilen verteilt oder regelmäßig in den Hauptversammlungen nicht vertreten ist, so bleibt für die Anwendung der §§ 1 ff GWB hinsichtlich der Beziehungen zwischen den zusammengeschlossenen Unternehmen kein Raum mehr (2). Dies ergibt sich daraus, daß

---

(1) so auch Kartte in WuW 1963, 566

(2) ausf. dazu Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 6 m.w. Nachw.; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 23, 24 Tz 22; Rinck, Konzernrecht, S. 129 f; Würdinger in WuW 1961, 748; Frankfurter Kommentar § 1 Tz 38 f

zwischen derartig verbundenen Unternehmen kein Wettbewerb mehr besteht und die wirtschaftlichen Entscheidungen allein von dem herrschenden Unternehmen getroffen werden. Der Erwerb der Anteile selbst und die Eingliederung des Unternehmens in den Herrschaftsbereich des herrschenden Unternehmens ist zwar eine besonders intensive Form der Wettbewerbsbeschränkung, sie wird aber, wie insbesondere auch § 23 GWB selbst ergibt, vom deutschen Gesetzgeber zugelassen (1). Die derartig zusammengeschlossenen Unternehmen werden als Einheit im Sinne des GWB behandelt. Infolgedessen kann auch das herrschende Unternehmen den beherrschten Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Anweisungen geben, ohne daß § 1 GWB berührt wird. Stehen mehrere Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung, so beantwortet sich die Frage, ob zwischen diesen Unternehmen noch Raum für die Anwendung des § 1 GWB bleibt, danach, ob das herrschende Unternehmen tatsächlich von seinen Einflußmöglichkeiten Gebrauch macht und die "zusammengeschlossenen" Unternehmen einheitlich steuert oder ob es den einzelnen Konzerngliedern selbständige Entscheidungen beläßt und diese daher tatsächlich noch im Wettbewerb stehen (2).

Gibt dagegen ein Besitz von 25 % der Anteile seinem Erwerber noch nicht die Möglichkeit, auf das betreffende Unternehmen entscheidend einzuwirken, so bleiben wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auch zwischen den beiden zusammengeschlossenen Unternehmen nach § 1 GWB unzulässig.

Ob und inwieweit Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung stehen oder von einander abhängig sind, wird im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum insbesondere für den Fall der wechselseitigen Beteiligung mehrerer Gesellschaften erörtert, insbesondere in Hinblick auf die früheren §§ 65 Abs. 5 und 114 Abs. 6 AktG (3). Damit hängt die Frage zusammen, ob das Stimmrecht aus den im gegenseitigen Besitz befindlichen Anteilen ausgeübt werden darf oder nicht. Derartige Verknüpfungen werden nunmehr in den §§ 19, 328 AktG 1965 ausdrücklich geregelt.

Nach dieser Regelung sind Kapitalgesellschaften oder bergrechtliche Gewerkschaften, die dadurch verbunden sind, daß jedem Unternehmen mehr als 25 % der Anteile des anderen Unternehmens gehören, wechselseitig beteiligte

---

(1) ausf. Rinck, Konzernrecht, S. 129

(2) Tätigkeitsbericht des BKAmts 1961, BT-Drucksache IV/378 vom 30.4. 1962, S. 61 (zu Art 85 EWGV); Würdinger in WuW 1961, 748 Fn 9; Rinck, Konzernrecht, S. 130; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, §§ 23, 24 Tz 22; bestr. von Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 6

(3) dazu insbes. Würdinger, Aktienrecht, S. 215; Rasch, Konzernrecht, S. 48 f, 115 f; Baumbach-Hueck, AktG, § 114 Anm. 7 c; Schmidt-Meyer-Landrut, AktG, § 15 Anm. 4; § 114 Anm. 39; Hefermehl, Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften in DB 1955, 304 ff; Boesebeck, Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften in DB 1955, 401 ff

Unternehmen. Sofern einem der so verbundenen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung gehört oder sofern das eine auf das andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann, so wird das eine als das herrschende, das andere als das abhängige Unternehmen angesehen. Sind diese Voraussetzungen bei beiden gegeben, so gelten beide Unternehmen als herrschend und als abhängig (§ 19 AktG). Hat jedoch das eine Unternehmen von der Beteiligung des anderen Unternehmens nach § 328 AktG Kenntnis erhalten, so kann es Rechte aus den Anteilen, die ihm an dem anderen Unternehmen gehören, nur noch für höchstens den vierten Teil aller Anteile des anderen Unternehmens ausüben. Weiter ist zu beachten, daß nach § 136 Abs. 2 AktG das Stimmrecht nicht ausgeübt werden kann für Aktien, die einem abhängigen Unternehmen gehören. Schließlich darf ein abhängiges Unternehmen Aktien der herrschenden Gesellschaft nur erwerben, sofern die Voraussetzungen für den Erwerb eigener Aktien gegeben sind (§ 71 Abs. 4 AktG).

Für § 23 GWB ergibt sich aus dieser Regelung folgende Konsequenz. Die Vorschrift kann nur noch in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen überhaupt erst eine wechselseitige Beteiligung begründet wird, da hier in jedem Fall zunächst bis zu 25 % der Stimmen der erworbenen Anteile ausgeübt werden können und in dem Fall, daß ein herrschendes Unternehmen weitere Anteile des beherrschten Unternehmens erwirbt. In den übrigen Fällen ist ein weiterer Erwerb nunmehr nicht mehr zulässig (§ 71 Abs. 4 AktG). Ist die Mitteilung nach § 328 AktG erfolgt, so kann das andere Unternehmen auch aus neu erworbenen Aktien das Stimmrecht nicht ausüben und es erfolgt kein Erwerb stimmberechtigter Anteile, da auch der Einfluß des erwerbenden Unternehmens nicht mehr wachsen kann.

Andererseits ist § 1 GWB nur dann nicht anwendbar, wenn es sich um herrschende und abhängige Unternehmen handelt. Wird durch den Erwerb der Anteile erst ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von § 19 AktG begründet, so kann § 1 GWB Anwendung finden, wenn der Austausch der Anteile nur ein Ausführungsgeschäft im Rahmen eines Kartellvertrages ist. So etwa, wenn der Austausch der Anteile erfolgt, um eine Koordination der Geschäftstätigkeit beider Unternehmen herbeizuführen. Ein derartiger Vertrag ist auf eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen gerichtet und daher nach § 1 GWB nichtig. Nur die Begründung einer einseitigen Abhängigkeit beurteilt sich allein nach § 23 GWB.

Die Abgrenzung Kartell - Zusammenschluß wird besonders bedeutsam für den Fall der Gemeinschaftsgründung oder den Erwerb eines bestehenden Unternehmens durch mehrere andere. Gründen etwa zwei Unternehmen gemeinsam ein drittes Unternehmen, um diesem ihren gesamten Einkauf oder Verkauf zu übertragen und übernehmen sie jeder 50 % der Anteile an diesem Unternehmen, so handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschlußvorgang im Sinne

der Nr. 5 (1). Dieser Zusammenschluß stellt aber zugleich den Fall eines genehmigungsbedürftigen Syndikats im Sinne des § 5 Abs. 3 GWB dar. Ebenso ist § 1 GWB anwendbar, wenn zwei Unternehmen ein drittes erwerben, um diesem anschließend ihre Betriebsstätten zu überlassen (2). Der Erwerb des dritten Unternehmens und die Überlassung der eigenen Betriebsstätten je für sich stellen zwar meldepflichtige Tatbestände im Sinne des § 23 GWB dar (Nr. 4 und 5), insgesamt gesehen handelt es sich jedoch um Ausführungsgeschäfte im Rahmen eines Kartellvertrages im Sinne des § 1 GWB, die daher unzulässig sind (3).

Über diese speziellen Fälle hinaus wird man aber auch ganz allgemein sagen müssen, daß der gemeinsame Erwerb, die gemeinsame Gründung und der gemeinsame Betrieb eines Unternehmens durch mehrere im Wettbewerb stehende Unternehmen den Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen auf dem Gebiet des Gemeinschaftsunternehmens beschränkt, wenn nicht sogar beseitigt. Es gehört zum Wesen einer derartigen Zusammenarbeit zwischen mehreren Unternehmen, daß die beteiligten Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen keine Konkurrenz machen (4). Daher ist ein derartiger "Zusammenschluß" nicht nach § 23 GWB, sondern nach § 1 GWB zu beurteilen (5). Verzichten allerdings die beteiligten Unternehmen ausnahmsweise auf ihre Wettbewerbsfreiheit nicht, so ist für § 1 GWB kein Raum (6). Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Gemeinschaftsgründung oder das gemeinschaftlich erworbene Unternehmen Aufgaben erledigen soll, die die Leistungsfähigkeit des einzelnen Unternehmens übersteigen würden (7).

Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, daß in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt ist, daß gesellschaftsvertragliche Konkurrenzverbote in gewissem Rahmen zulässig sind und die entsprechenden Vorschriften (§§ 112, 165 HGB, 242 BGB) durch § 1 GWB nicht außer kraft gesetzt sind (8). Im vorliegenden Fall, wo es überhaupt erst um die Begründung eines Gesellschaftsver-

---

(1) dazu Kap. 2.6.6.

(2) Beisp. bei Kartte in WuW 1963, 566

(3) ebenso Würdinger in WuW 1961, 747

(4) so auch die Hohe Behörde der Montanunion, s. 11. Gesamtbericht, Nr. 346 - sog. Gruppeneffekt

(5) ausf. Rinck, Konzernrecht, S. 131; ebenso BKAmt, Beschl. v. 10. 4. 1964 in BB 1964, 492 (Teerverwertung)

(6) dazu Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 44/45; BKAmt, Tätigkeitsbericht 1961 BT-Drucksache IV/378, S 52 f

(7) ähnlich Rinck, Konzernrecht, S. 131 ; Tätigkeitsbereicht des BKAmt 1959, BT-Drucksache 1795, S. 17

(8) ausf. dazu Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Tz 59 m. umfangr. Nachw.; s. a. Rinck, Konzernrecht, S. 132; Frankfurter Kommentar § 1 Tz 13

hältnisses zwischen den beteiligten Unternehmen geht, kann die Frage, inwieweit die Treuepflicht der Gesellschafter Wettbewerbsverbote unter den Gesellschaftern rechtfertigt, gar nicht aufkommen, da bereits der auf die Begründung eines derartigen Gesellschaftsverhältnisses gerichtete Vertrag nichtig ist. Zur Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses kommt es also gar nicht (1).

Als Ergebnis kann also festgestellt werden, daß grundsätzlich Zusammenschlüsse von Unternehmen allein nach § 23 GWB und Kartelle grundsätzlich nach § 1 GWB zu behandeln sind. Es gibt jedoch Formen des Zusammengehens zwischen mehreren Unternehmen, die zwar auf den ersten Blick als Zusammenschlüsse im Sinne des § 23 GWB erscheinen, tatsächlich aber den Tatbestand eines Kartells im Sinne des § 1 GWB erfüllen und daher allein nach dieser Vorschrift zu beurteilen sind.

(1) so Rinck, Konzernrecht, S. 132; offenbar ähnlich BGH, U. v. 6. 12. 1962 in BGHZ 38, 306 (312 ff) u. BKAmt, Tätigkeitsbericht 1959, BT-Drucksache 1795, S. 17; - zur Frage des Gemeinschaftsunternehmens s. insbes. Fremery, Kartellrechtliche Bedeutung der gemeinsamen Tochtergesellschaften konkurrierender Unternehmen, insbesondere im Syndikat und beim marktbeherrschenden Unternehmen, Diss. Frankfurt 1964, die im Herbst 1965 im Druck erscheinen soll

4. Zusammenschlüsse nach dem Recht der Montanunion.

4.1. Allgemeine Bemerkungen.

Unternehmen, die sich zusammenschließen, haben nicht nur die Vorschriften des § 23 GWB zu beachten, sondern auch die Bestimmungen des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunionsvertrag) (1) vom 18.4.1951 (2). Dieser Vertrag behandelt in seinem Artikel 66 ebenfalls Unternehmenszusammenschlüsse.

4.1.1. Der Anwendungsbereich des Art 66 MUV.

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist jedoch insofern eingeschränkt, als er nur Zusammenschlüsse erfaßt, an denen mindestens ein Unternehmen beteiligt ist, das unter Art 80 MUV fällt (sogenanntes Montanunternehmen). Montanunternehmen im Sinne dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen, welches eine Produktionstätigkeit in bezug auf Kohle und Stahl ausübt und ferner jedes Unternehmen, das gewerbsmäßig eine Vertriebstätigkeit auf diesen beiden Gebieten ausübt, mit Ausnahme des Verkaufs an Haushaltungen und Kleingewerbetreibende (Art 80 MUV). Dem Artikel 66 MUV unterfällt also jeder Zusammenschluß zwischen Montanunternehmen, nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift aber auch jeder Zusammenschluß mit einem nicht zur Montanunion gehörenden Unternehmen, sofern nur ein Montanunternehmen an dem Zusammenschluß beteiligt ist (Art 66 § 1 MUV) (3). Da auf diese Weise Unternehmen in den Bereich der Montanunion gezogen werden, die dem Vertrag selbst nicht unterliegen, hat die Hohe Behörde, wenn die Genehmigung nachgesucht wird, die Äußerung der hinsichtlich dieses Unternehmens sonst zuständigen Regierung einzuholen (Art 66 §§ 2 und 4 MUV).

Genehmigungspflichtig ist nach Art 66 MUV ferner nur ein Zusammenschluß, der sich innerhalb des territorialen Bereichs der Montanunion gemäß Art 79 Abs. 1 MUV vollzieht. Es sind dies die europäischen Gebiete der Mitgliedstaaten der Montanunion - Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien und die drei Beneluxstaaten - einschließlich des Saargebiets. Zusammenschlüsse außerhalb dieser Gebiete bleiben von Art 66 MUV unberührt. Werden allerdings auf seiten des Montanunternehmens durch einen derartigen Zusammenschluß gleichzeitig mehrere Montanunternehmen zusammengefaßt, also etwa ein deutsches, ein französisches und ein schweizer Stahlunternehmen schließen sich zusammen, so findet die Vorschrift freilich hinsichtlich der beiden Montanunter-

---

(1) im folgenden "MUV" abgekürzt

(2) BGBl 1952 II, 445

(3) Frankfurter Kommentar Einl. Anh. C Tz 28

nehmen Anwendung (1). Auch findet die Vorschrift Anwendung auf Vorgänge, die sich zwar tatsächlich außerhalb des Bereichs der Montanunion abspielen, die aber effektiv zu einem Zusammenschluß von Unternehmen führen, die sich also innerhalb des Montanbereichs auswirken (2). Aus Art 80 MUV folgt, daß es genügt, wenn die Produktions- oder Betriebsstätte der in Frage kommenden Unternehmen im Bereich der Montanunion liegen. Nicht entscheidend ist es, wo die Betriebsführung ihren Sitz hat (3). Der Zusammenschluß zweier englischer Stahlunternehmen, die in Deutschland jeder eine Produktionsstätte unterhalten, unterfällt also ebenfalls dem Art 66 MUV (4).

4.1.2. Die Genehmigungspflicht nach Art 66 MUV.

Nach Art 66 MUV unterliegt ein Zusammenschluß grundsätzlich der Genehmigung der Hohen Behörde. Diese muß unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden. Die Voraussetzungen sind gegeben, wenn die Hohe Behörde gemäß Art 66 § 2 MUV feststellt, daß der Zusammenschluß nicht geeignet ist, den Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes zu beeinträchtigen oder den Regeln des Wettbewerbs zu entgehen (Art 66 § 2 MUV). Bei der Genehmigung von Zusammenschlüssen hat die Hohe Behörde gemäß dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung des Art 4 Abs. b MUV der Größe der innerhalb der Gemeinschaft bestehenden Unternehmen gleicher Art insoweit Rechnung zu tragen, als sie dies für gerechtfertigt hält, um die aus einer Ungleichheit der Wettbewerbsbedingungen sich ergebenden Nachteile zu vermeiden oder auszugleichen (Art 66 § 2 MUV).

Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung vor, so ist die Hohe Behörde verpflichtet, die Genehmigung zu erteilen (5). Wie schon der Wortlaut des § 2 ergibt, handelt es sich bei der Genehmigung um einen gebundenen Verwaltungsakt im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts.

Keiner Genehmigung bedürfen eine Reihe von Zusammenschlüssen, die

---

(1) ebenso Jerusalem, Das Recht der Montanunion, S. 159

(2) Krawielicki, Das Monopolverbot im Schumanplan, S. 65; ähnl. Jerusalem, a.a.O., S. 159, der allerdings verlangt, daß der Zusammenschluß noch zusätzlich im Inland vollzogen wird

(3) Krawielicki, a.a.O., S. 63

(4) im Ergebn. ebenso Hug, Die Anwendbarkeit der Kartellrechtlichen Bestimmungen des MUV ... in Kartelle und Monopole Bd. II, S. 624, 625 Fn. 71

(5) Bayer, Das Privatrecht der Montanunion in ZaiPR 1952, 373; Krawielicki, a.a.O., S. 68; Hamburger, Das Verhältnis der Kartell-, der Monopol- und der Zusammenschlußbestimmungen des Montanvertrages zueinander in Kartelle u. Monopole im modernen Recht, Bd. I, S. 232; Rinck, Wirtschaftsrecht, Tz 824

wegen ihrer geringen Größe und Bedeutung in jedem Falle genehmigt würden. Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, hat die Hohe Behörde gemäß Art 66 § 3 MUV in der Entscheidung Nr. 25/54 im einzelnen niedergelegt (1). Diese Entscheidung "betreffend eine Verordnung über die Befreiung vom Erfordernis vorheriger Genehmigung auf Grund des Art 66 § 3 des Vertrages" unterscheidet vier von der Genehmigung freigestellte Gruppen von Unternehmenszusammenschlüssen, die jeweils einer verschiedenen Regelung unterstellt sind. Es sind dies nach Art 1 und 2 Zusammenschlüsse von Produktionsunternehmen auf dem Gebiet von Kohle und Stahl untereinander, nach Art 3 Zusammenschlüsse von Produktionsunternehmen auf dem Gebiet von Kohle mit montanfremden Unternehmen, nach Art 4 Zusammenschlüsse von Produktionsunternehmen auf dem Gebiet von Stahl mit montanfremden Unternehmen und schließlich nach Art 5 und 6 der Verordnung Zusammenschlüsse von Handelsunternehmen auf dem Gebiet von Kohle oder auf dem Gebiet von Stahl jeweils untereinander oder mit montanfremden Unternehmen (2).

4.1.3. Nichtgenehmigte Zusammenschlüsse.

Ein Zusammenschluß, der ohne vorherige Genehmigung zustande gekommen ist, wird gleichwohl in seinem Bestande zunächst nicht berührt. Anders als Kartelle nach Art 65 MUV, die zivilrechtlich absolut nichtig sind (Art 65 § 4 MUV), sind Zusammenschlüsse nach Art 66 MUV auch ohne Genehmigung zivilrechtlich gültig, können allerdings verwaltungsrechtliche Folgen nach sich ziehen (3).

Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Entweder der Zusammenschluß ist zwar ohne die nach Art 66 § 1 MUV erforderliche Genehmigung zustande gekommen, erfüllt aber die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung gemäß Art 66 § 2 MUV. In diesem Fall kann die Hohe Behörde die Genehmigung des Zusammenschlusses auf Antrag nachträglich gemäß Art 66 § 5 Abs. 1 MUV erteilen. Die Erteilung der Genehmigung wird jedoch nach Art 66 § 5 Abs. 1 mit § 6 Abs. 1 (2. Unterabs.) MUV von der Zahlung einer Geldbuße abhängig gemacht. Wird allerdings auch die nachträgliche Genehmigung nicht beantragt oder die Geldbuße nicht gezahlt, so stellt die Hohe Behörde den unzulässigen Charakter des Zusammenschlusses fest und ordnet die Trennung des Zusammenschlusses an.

Oder der Zusammenschluß ist ohne die an sich erforderliche Genehmigung

---

(1) abgedr. im Amtsblatt der EGKS 1954, 345 ff; s. im Anhang

(2) ausf. dazu Haberkorn, Möglichkeiten von Unternehmenszusammenschlüssen, S. 75 ff; Thiesing, Zusammenschlüsse von Unternehmen nach dem Montanvertrag in BB 1954, 452; Kern, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 135 ff

(3) Haberkorn, Möglichkeiten von Unternehmenszusammenschlüssen, S. 56 f; Krawielicki, a. a. O., S. 55

zustande gekommen, erfüllt aber auch nicht die Voraussetzungen, unter denen eine Genehmigung erteilt worden wäre. Hier wird die Entflechtung des Zusammenschlusses angeordnet (Art 66 § 5 Abs. 2 MUV) und möglicherweise eine Geldbuße gegen die Beteiligten festgesetzt (Art 66 § 6 (2. Unterabs.) MUV).

4.1.4. Auskunftsrechte und Anzeigepflichten.

Zur Durchführung ihrer Aufgaben hinsichtlich der Unternehmenszusammenschlüsse ist der Hohen Behörde ein weitgehendes Auskunftsrecht gegenüber den an einem Zusammenschluß Beteiligten eingeräumt (Art 66 § 4 MUV). Daneben ist auf Grund des Art 66 § 4 MUV die Entscheidung Nr. 26/54 (1) erlassen worden, die für alle natürlichen und juristischen Personen mit Ausnahme derjenigen, die innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet von Kohle und Stahl eine Produktionstätigkeit oder eine andere Vertriebstätigkeit als den Verkauf an Haushaltungen oder an Kleingewerbetreibende ausüben (Montanunternehmen), eine Anzeigepflicht begründet.

Ausgenommen von dieser Anzeigepflicht sind gemäß Art 4 der Verordnung lediglich Banken hinsichtlich der Aktien in ihren Kundendepots. In Art 7 schließlich wird ein umfangreiches Recht der Hohen Behörde auf Auskunftsverlangen normiert.

4.2. Der Begriff des Zusammenschlusses nach Art 66 MUV.

4.2.1. Allgemeine Bemerkungen.

Der Begriff "Zusammenschluß" ist in Art 66 § 1 MUV nicht definiert. Der Genehmigung dieser Vorschrift unterfällt "jedes Vorgehen, das unmittelbar oder mittelbar seiner Natur nach und infolge der Tätigkeit einer Person oder eines Unternehmens, einer Gruppe von Personen oder Unternehmen zu einem Zusammenschluß zwischen Unternehmen führt".

Genehmigungspflichtig ist also nicht der Endzustand eines Konzentrationsvorgangs, also der Zusammenschluß als solcher, sondern ein Vorgehen, das zu einem Zusammenschluß führt. Daraus folgt, daß bereits bestehende Zusammenschlüsse im Sinne des Art 66 § 1 MUV nicht erfaßt werden. Auch eine Machtzusammenfassung, die zwar unter der Geltung des Vertrages, aber nicht im Wege des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen, sondern durch natürliches Wachstum eines Unternehmens erfolgt, unterliegt der Genehmigungspflicht nicht (2).

---

(1) abgedr. im Amtsblatt der EGKS 1954, 350 f; s. im Anhang

(2) Krawielicki, a.a.O., S. 53 f; Hartmann, Zur Problematik einer gesetzlichen Beschränkung von Unternehmenskonzentrationen, S. 19; Hamburger, Das Verhältnis der Kartell-, der Monopol- und der Zusammenschlußbestimmungen des Montanvertrages zueinander in Kartelle und Monopole, Bd. 1, S. 235 f

4.2.2. "Vorgehen" im Sinne von Art 66 MUV.

Ein "Vorgehen" einer Person oder eines Unternehmens erfordert ein aktives rechtsgeschäftliches Tun der Beteiligten (1). Konzentrationen, die auf Gesetz beruhen wie etwa der Zusammenschluß zweier Unternehmen infolge Erbfalls (§ 1922 BGB) oder im Zusammenhang mit einer Enteignung sind daher keine Zusammenschlüsse im Sinne von Art 66 § 1 MUV. Auch Maßnahmen der Sozialisierung auf Grund eines Gesetzes erfüllen den Tatbestand eines Zusammenschlusses nicht (2). Überhaupt unterfallen Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers, die zu einer Konzentration führen, nicht dem Art 66 § 1 MUV (3). Das ergibt sich auch aus den in Art 66 § 1 MUV und den in der Durchführungsverordnung zu § 1 (4) genannten Beispielen, die sämtlich und ausschließlich rechtsgeschäftliche Vorgänge darstellen (5).

Jerusalem (6) will hier allerdings eine Einschränkung insofern machen, als ein staatlicher Zwangszusammenschluß, der in der Form erfolgt, daß mittels einer Sozialisierung von Unternehmen diese unter eine gemeinsame Leitung gestellt werden, der Meldpflicht des Art 66 § 1 MUV gleichwohl unterstehen sollen. Gemäß Art 86 Abs. 2 MUV seien die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle Maßnahmen zu unterlassen, die mit dem Bestehen des Gemeinsamen Marktes gemäß Art 1 und 4 MUV unvereinbar seien, und das treffe auch für derartige Zwangszusammenschlüsse im Sinne des Art 66 MUV zu, weil damit das Prinzip der Marktwirtschaft in Frage gestellt werde. Damit stellt sich Jerusalem jedoch mit seinen eigenen vorausgehenden Ausführungen in Widerspruch, in denen er darlegt, daß sich das Vorgehen, das nach Art 66 MUV genehmigungspflichtig ist, ausschließlich in den Formen des Privatrechts vollziehe und daher Unternehmenszusammenschlüsse, die durch staatlichen Hoheitsakt erfolgten, nicht genehmigungspflichtig seien.

Der Auffassung von Jerusalem kann aber, abgesehen von seinen eigenen zutreffenden Ausführungen, die dieser Auffassung widersprechen, auch aus einem weiteren Grunde nicht zugestimmt werden. Nach Art 83 MUV soll die Errichtung der Montanunion "in keiner Weise" die Ordnung des Eigentums an den Unternehmen berühren, für welche die Bestimmungen des Montanvertrages gelten. Auch

---

(1) Kern, a.a.O., S. 49 f; von Simson im Gemeinschaftskommentar, § 101 Nr. 3 Tz 31; Thiesing in BB 1954, 449 (450 Anm. 5); Frankfurter Kommentar, Einl. Anh. C Tz 30

(2) Krawielicki, a.a.O., S. 60 f; Ophüls, Das Wirtschaftsrecht des Schuman-Plans in NJW 1951, 381

(3) Jerusalem, a.a.O., S. 159; Hartmann, a.a.O., S. 18

(4) Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 24/54, s. im Anhang

(5) so auch Kern, a.a.O., S. 49 f

(6) a.a.O., S. 159

durch Art 66 MUV wird daran nichts geändert (1). Damit ist den Mitgliedstaaten nicht, wie Jerusalem (2) meint, lediglich innerhalb der einzelnen Unternehmen die Ordnung der Eigentumsverhältnisse freigelassen, sondern ihnen ist damit freigestellt, in jeder Weise, daß heißt aber auch organisatorisch die ihnen für erforderlich erscheinenden Anordnungen durch Hoheitsakt zu treffen, die Unternehmen also auch gegebenenfalls nach einer Sozialisierung etwa einem gemeinsamen Planungs- oder Wirtschaftsministerium zu unterstellen (3). Von Art 66 MUV werden derartige Maßnahmen nicht berührt.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob ein Übermaß an Planung zur Idee des freien Wettbewerbs, die dem Vertrag zu Grunde liegt, in Widerspruch treten würde. Denn Art 83 MUV schließt zwar die Überführung von Privateigentum in Gemeineigentum, die Verstaatlichung oder Sozialisierung nicht aus, die Errichtung einer Zentralverwaltungswirtschaft und die Ausschaltung des privaten Wettbewerbs würde jedoch mit dem Vertrage nicht vereinbar sein (4). Diese Frage betrifft aber nicht die Genehmigungspflicht des Art 66 MUV.

In derartigen Fällen handelt es sich aber auch nicht um ein "Vorgehen" im Sinne von Art 66 § 1 MUV, da es nicht auf der Ebene des Privatrechts erfolgt. Schließlich beruht ein derartiger Zusammenschluß auch nicht auf der Tätigkeit einer Person oder eines Unternehmens, einer Gruppe von Personen oder Unternehmen, sondern allein auf dem staatlichen Akt des betreffenden Mitgliedstaates; dieser kann aber auch bei weitester Auslegung des Art 66 § 1 MUV nicht als Gruppe von Personen angesehen werden.

Maßnahmen hoheitsrechtlicher Art der Mitgliedstaaten, die zu einem Zusammenschluß führen, sind also nicht genehmigungspflichtig.

Der Genehmigungspflicht des Art 66 MUV unterliegen freilich Zusammenschlüsse, die in privatrechtlichen Formen erfolgen, an denen aber ein beteiligtes Unternehmen im öffentlichen Eigentum steht. In einem derartigen Fall ist kein Grund ersichtlich, der einer Anwendung des Art 66 MUV entgegenstehen könnte (5).

Sofern Unternehmen als solche oder infolge eines Konzentrationsvorgangs,

---

(1) Dahm, Völkerrecht, II. Bd., S. 655 Fn 15

(2) a.a.O., S. 159

(3) ebenso Krawielicki, a.a.O., S. 60 f; Ophüls in NJW 1951, 381; Hartmann, a.a.O., S. 18

(4) so Dahm, Völkerrecht, II. Bd., S. 655

(5) ebenso Jerusalem, a.a.O., S. 165; die Hohe Behörde hat ebenfalls auf ihrer Sitzung v. 30.10.1963 - s. 12. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft, Nr. 249 - den Zusammenschluß der Hüttenwerke Salzgitter AG, die zum bundeseigenen Konzern AG für Berg- u. Hüttenbetriebe, Berlin-Salzgitter gehört - dazu Klug, a.a.O., S. 38 ff - mit der Otto R. Krause Eisengroßhaus GmbH (ehem. Schlieker Eisenhandel GmbH) Düsseldorf, genehmigt.

der der Meldepflicht nicht unterliegt, eine beherrschende Stellung auf dem Mark einnehmen oder erlangen, ist nach Art 66 § 7 MUV lediglich eine besondere Marktaufsicht vorgesehen, falls die Unternehmen durch ihre Stellung für einen wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes einem wirksamen Wettbewerb nicht mehr ausgesetzt sind und ihre Stellung zu Zwecken mißbrauchen, die dem Ziel des Vertragswerks zuwiderlaufen (1). Das gilt nach dieser Vorschrift ausdrücklich für öffentliche und private Unternehmen.

4.2.3. Nicht genehmigungspflichtige Zusammenschlüsse.

Krawielicki (2) will neben den Konzentrationen, die im Wege des "Vorgehens" der Beteiligten im Sinne von Art 66 § 1 MUV erfolgen, auch einen sogenannten Konzentrationszustand der Genehmigungspflicht unterstellen. Krawielicke versteht darunter Vorgänge, die zunächst keiner Genehmigungspflicht unterliegen, da sie etwa infolge Erbfalls erfolgen, aus denen sich aber im Endergebnis ein Zustand unerwünschten Zusammenschlusses entwickelt. Aus Art 66 § 5 Abs. 2 MUV folgert er, daß hier die Beteiligten nachträglich die Genehmigung nachsuchen müssen, um den Sanktionen des Art 66 § 5 und § 6 MUV zu entgehen. Als Beispiel nennt er den Fall, daß ein Kreditgeber, der allein durch die Gewährung des Kredits noch keinen Einfluß auf das Schuldnerunternehmen gewonnen hat, später, um einen Ausfall seiner Forderung zu verhindern, das gesamte Unternehmen übernimmt. Als weiteres Beispiel führt er einen Konzentrationsvorgang an, bei dem der Inhaber des Unternehmens A durch Erbgang, Vermächtnis oder Heirat die Kontrolle über das Unternehmen B erlangt. In beiden Fällen sei zunächst kein Vorgehen im Sinne des Art 66 § 1 MUV gegeben und somit auch keine Genehmigung einzuholen. Im ersten Fall werde überhaupt kein Zusammenschluß durch die Kreditgewährung herbeigeführt, im zweiten Fall beruhe die Konzentration auf Gesetz und nicht auf einem Vorgehen. In beiden Fällen bestehe aber schließlich ein unerlaubter Zustand im Sinne von Art 66 § 5 Abs. 2 MUV und auf diesem ruhe die "Last", nachträglich eine Erlaubnis nach Art 66 § 2 MUV zu erwirken. Werde diese verweigert, so müsse der Zusammenschluß wieder gelöst werden.

Zuzustimmen ist Krawielicki und Kern insofern, als sie in diesen Fällen die Verhängung einer Ordnungsstrafe nach Art 66 § 6 MUV nicht für zulässig halten, da in derartigen Fällen niemals die Verpflichtung bestand, auf Grund des Art 66 § 1 MUV die vorherige Erlaubnis nachzusuchen. Ihnen kann aber insoweit nicht gefolgt werden, als sie einen derartigen Konzentrationszustand, der durch einen nicht genehmigungspflichtigen Vorgang entstanden ist, einer Genehmigungspflicht unterstellen wollen. Nicht gefolgt werden kann auch der von Ham-

(1) dazu Krawielicki, a.a.O., S. 98 ff

(2) a.a.O., S. 59; ebenso Kern, a.a.O., S. 148 f, der jedoch als Konzentrationszustand jeden, auch den erwünschten Zusammenschlußerfolg bezeichnet

burger (1) und von Simson (2) vertretenen Meinung, die offenbar der Ansicht sind, daß die Beteiligten zwar nicht verpflichtet sind, nachträglich eine Genehmigung einzuholen, aber gleichwohl ein derartiger Zusammenschluß auf Grund von Art 66 § 5 Abs. 2 MUV entflochten werden kann, sofern er, falls er genehmigungspflichtig wäre, eine Genehmigung nicht hätte erhalten können (3).

Bevor dies im einzelnen begründet werden kann, bedarf es einer Untersuchung darüber, ob die in diesem Zusammenhang genannten Fälle tatsächlich keiner Genehmigung bedürfen. Krawielicki (4) nennt als erstes Beispiel den Fall, daß ein Kreditgeber, der allein durch die Gewährung des Kredits noch keinen Einfluß auf das Schuldnerunternehmen gewonnen hat, später, um einen Ausfall seiner Forderung zu verhindern, das gesamte Unternehmen übernimmt. Dieses Beispiel ist hier zu Unrecht genannt, denn tatsächlich beruht der Zusammenschluß auf einem Vorgehen, nämlich dem Erwerb des Unternehmens. Dieser Erwerb unterliegt aber selbstverständlich der Genehmigungspflicht des Art 66 § 1 MUV, und zwar der vorhergehenden, da es nicht darauf ankommen kann, aus welchen Motiven heraus ein derartiger Erwerb erfolgt (5).

Als nicht genehmigungspflichtige Ursache eines Zusammenschlusses wird weiter die Heirat genannt (6). In Betracht kommt jedoch im deutschen Recht nur noch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft, da das gesetzliche Verwaltungs- und Nutznießungsrechts des Mannes, das bis zum 1.4.1953 gegolten hatte (7), durch den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft abgelöst worden ist, bei dem jeder Ehegatte sein Vermögen in seinem Eigentum und unter seiner Verwaltung behält (§§ 1363 Abs. 2, 1364 BGB). Ein Zusammenschluß durch Gesetz allein auf Grund einer Heirat kann also nicht mehr erfolgen. Ob freilich die Vereinbarung der Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten, die den Zusammenschluß von Unternehmen zur Folge hat (§ 1421 BGB), keiner Genehmigung unterliegt, erscheint sehr fraglich. Ein derartiger Vertrag soll zwar in erster Linie die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten regeln, daneben zielt er aber auch unmittelbar darauf, die im Besitz der beiden Ehegatten befindlichen Unternehmen zu vereinigen. Es kann also nicht gesagt werden, daß der Zusammenschluß nur eine, vielleicht sogar ungewollte Nebenwirkung der Vereinbarung der Gütergemeinschaft ist. Bei der Vereinbarung der Gütergemeinschaft handelt es sich auch um

---

(1) Das Verhältnis der Kartell-, der Monopol- und der Zusammenschlußbestimmungen des Montanvertrages zueinander in Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 223 (235)

(2) im Gemeinschaftskommentar, § 101 Nr. 3 Tz 31

(3) wie hier Frankfurter Kommentar, Einl. Anh. C Tz 32; Jerusalem, a.a.O., S. 160, Fn. 26; Hartmann, a.a.O., S. 18

(4) a.a.O., S. 59

(5) so auch Jerusalem, a.a.O., S. 158

(6) Krawielicki, a.a.O., S. 59; Kern, a.a.O., S. 148

(7) dazu Palandt-Lauterbach, Grundz. vor § 1363 Anm. 1

ein rechtsgeschäftliches "Vorgehen" im Sinne des Art 66 § 1 MUV. Schließlich kann hier auch der Gesichtspunkt nicht gelten, daß die Genehmigung deswegen nicht erforderlich ist, weil diese Art des Zusammenschlusses "ihrer Art nach" einer Genehmigung nicht unterstellt werden kann (1). Es ist durchaus möglich, daß die Ehegatten vor der Vereinbarung der Gütergemeinschaft die Genehmigung nachsuchen. Wird sie verweigert, so hindert das doch nicht die Vereinbarung der Gütergemeinschaft als solcher, da die betreffenden Unternehmen zum Vorbehaltsgut (§ 1418 BGB) erklärt werden können. Richtigerweise sind daher auch Vereinbarungen im Sinne der §§ 1415 ff BGB der vorherigen Genehmigung zu unterstellen und unterliegen daher den allgemeinen Vorschriften des Art 66 § 1 MUV (2).

Gleiches muß auch in dem Fall gelten, daß ein Ehegatte sein Vermögen, zu dem ein Unternehmen gehört, der Verwaltung des anderen Ehegatten überläßt (§ 1413 BGB), sofern auch dieser ein Unternehmen besitzt. Auch eine derartige Vereinbarung stellt ein Vorgehen im Sinne des Art 66 § 1 MUV dar und führt zu einem Zusammenschluß im Sinne dieser Vorschrift.

Keiner Genehmigungspflicht unterliegt dagegen ein Zusammenschluß, der infolge eines Todesfalles eintritt. Hier sind jedoch drei Möglichkeiten zu unterscheiden. Einmal kann der Zusammenschluß auf der gesetzlichen Bestimmung des § 1922 BGB beruhen. Kraft Gesetzes geht also das Unternehmen auf den gesetzlichen Erben über, ohne daß die Beteiligten etwas dazu tun. Weder erfolgt hier ein "Vorgehen" im Sinne des Art 66 § 1 MUV, noch ist es überhaupt möglich, eine Genehmigung vorher einzuholen. Beruht der Zusammenschluß auf einer letztwilligen Verfügung, so geht dem Zusammenschluß zwar die Willensentscheidung des Erblassers in Form des Testaments voraus (§ 2064 ff BGB), letztlich auslösendes Ereignis ist jedoch auch hier der Todesfall, so daß es nicht gerechtfertigt ist, diesen Fall anders zu behandeln, als den Zusammenschluß auf Grund gesetzlicher Erbfolge (3). Die dritte Möglichkeit ist der Zusammenschluß auf Grund eines Vermächtnisses. Hier kommt zu der Willensentscheidung des Erblassers hinzu, daß der Bedachte nicht ohne weiteres in den Besitz des vermachten Unternehmens gelangt. Der Todesfall hat vielmehr nur die Folge, daß der Anspruch des Vermächtnisnehmers fällig wird (§§ 2147, 2181 BGB), damit es zum Zusammenschluß kommt, muß dieser jedoch einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisses geltend machen (sogenanntes Damnationslegat - § 2174 BGB). Streng betrachtet könnte man zwar in der Geltendmachung dieses Anspruchs ein Vorgehen im Sinne des Art 66 § 1 MUV sehen, eine derartig formale Betrachtungsweise wäre jedoch nicht zu vertreten, zumal sich letztlich in ihrem Gehalt das Vermächtnis und die Erbschaft, soweit Art 66 MUV in Betracht kommt, nicht unterscheiden.

---

(1) so Kern, a.a.O., S. 149
(2) zweifelnd von Simson im Gemeinschaftskommentar, § 101 Nr. 3 Tz 31
(3) offengelassen von Hartmann, a.a.O., S. 18

Nicht auf Gesetz sondern auf einem Vorgehen im Sinne des Art 66 § 1 MUV dagegen beruht ein Zusammenschluß, der dadurch herbeigeführt wird, daß mehrere Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung (§ 2042 BGB) das ererbte Unternehmen auf einen der Miterben übertragen. Dieser Fall kann nicht anders beurteilt werden, als wenn ein unbeteiligter Dritter das Unternehmen von der Erbengemeinschaft erwerben würde.

Bei Kern (1) findet sich noch ein Beispiel, bei dem ein Unternehmen an einem anderen Unternehmen eine Beteiligung besitzt, die nicht ausreicht, eine Kontrolle über das Unternehmen zu begründen, da der übrige Besitz in der Hand eines mächtigeren Aktionärs ist. Mit Recht nimmt Kern in diesem Fall eine Genehmigungspflicht nicht an, wenn dieses schließlich eine Kontrolle dadurch erlangt, daß der andere Aktionär seine Machtposition in der Gesellschaft aufgibt und seine Anteile an mehrere Erwerber verkauft. Weder beruht ein derartiger Zusammenschluß auf einem "Vorgehen", noch ist ein derartiger Vorgang seiner Natur nach im Sinne von Art 66 § 1 MUV geeignet, einen Zusammenschluß herbeizuführen.

Zusammenschlüsse von Unternehmen, die der vorherigen Genehmigungspflicht nicht unterliegen, sind aber auch nachträglich nicht genehmigungspflichtig, noch können sie nach Art 66 § 5 Abs. 2 MUV entflochten werden. Fehlt es an den Voraussetzungen, unter denen eine Genehmigung für einen Zusammenschlußvorgang eingeholt werden muß, so ist auch der aus einem derartigen Vorgang hervorgehende Zustand nicht genehmigungspflichtig (2). Dafür spricht insbesondere der Wortlaut des Art 66 § 5 Abs. 1 und 2 MUV, der erkennen läßt, daß von dieser Vorschrift nur Zusammenschlüsse erfaßt werden sollen, die entgegen der Bestimmung des Art 66 § 1 MUV zustande gekommen sind (3). Weder ergibt sich aus dem "System des Art 66 MUV", daß in den hier genannten Fällen nachträglich eine Genehmigung einzuholen ist (4), noch kann die Befugnis, einen nicht genehmigungspflichtigen Zusammenschluß nachträglich entflechten zu können, aus "dem Geist des Vertrages" abgeleitet werden (5). Für derartig zusammengeschlossene Unternehmen besteht keineswegs die Möglichkeit, sich den Wettbewerbsregeln des Montanvertrages zu entziehen (6), da der Hohen Behörde jederzeit die sehr umfangreichen Befugnisse des Art 66 § 7 MUV zur Verfügung stehen. Allein diese Vorschrift kann auch in nicht genehmigungspflichten Zusammenschlußfällen herangezogen werden.

---

(1) a.a.O., S. 149

(2) ebenso Jerusalem, a.a.O., S. 160 Fn 26; Hartmann, a.a.O., S. 18

(3) zutr. Frankfurter Kommentar, Einl. Anh. C, Tz 32

(4) so Kern, a.a.O., S. 150, der einräumt, daß sich eine nachträgliche Genehmigungspflicht aus Art 66 § 5 Abs. 1 MUV nicht ergibt

(5) wie das Hamburger, a.a.O., S. 235, tut

(6) so jedoch Hamburger, a.a.O., S. 235

Nur Zusammenschlüsse, die auf einem Vorgehen beruhen, sind also genehmigungspflichtig und können entflochten werden.

4.2.4. Der Zusammenschluß als unmittelbare und mittelbare Folge.

Meldepflichtig ist nicht nur ein Vorgehen, das unmittelbar zu einem Zusammenschluß führt, sondern es genügt bereits, daß dieser Erfolg eine mittelbare Folge des Vorgehens ist. Unmittelbare Folge eines Vorgehens ist der Zusammenschluß immer dann, wenn er unmittelbar daraus hervorgeht, also etwa der Erwerb des Unternehmens, der Kauf eines Aktienpaketes und ähnliche Vorgänge. Mittelbare Folge ist der Zusammenschluß, wenn er durch eine weitere Tatsache vermittelt wird. Jerusalem (1) nennt in diesem Zusammenhang den Auftrag an eine Bank, ein bestimmtes Aktienpaket zu erwerben. Der Auftrag selbst führt hier noch nicht unmittelbar zu der Konzentration, da es noch des Ankaufs der Papiere durch die Bank bedarf. Es handelt sich aber um ein Vorgehen, das mittelbar durch das Tätigwerden der Bank zu einer Konzentration zwischen dem Auftraggeber und dem betroffenen Unternehmen führt. Ähnlich liegt der Fall eines Zusammenschlusses zwischen zwei Unternehmen, von denen das eine mit einem dritten Unternehmen zusammengeschlossen ist. Unmittelbar werden hier die beiden an dem Vorgang beteiligten Unternehmen zusammengeschlossen, mittelbar aber auch das eine Unternehmen durch Vermittlung des anderen Unternehmens mit dem dritten Unternehmen (2).

4.2.5. Der Begriff "seiner Natur nach".

Wenn damit auch ein Zusammenschluß im Sinne des Art 66 MUV bereits eine Konzentration ist, die mittelbar auf einem Vorgehen beruht, so kann doch nicht jedes Vorgehen, das nur im Entferntesten die Gefahr begründet, einmal zu einem Zusammenschluß zu führen, die Genehmigungspflicht bereits auslösen (3). Die Vorschrift bestimmt daher, daß das Vorgehen "seiner Natur nach" die genannten Folgen haben muß. Krawielicki (4) nennt diese Zusammenschlüsse "Konzentrationen per se" und versteht darunter alle die Vorgänge, die ihrer Eigenart nach ohne weiteres zu einem Zusammenschluß führen. Es kommt nicht darauf an, wie der jeweilige Vorgang im einzelnen rechtlich zu qualifizieren ist, sondern entscheidend ist die Wirkung, die dem Vorgang in seiner konkreten Ausgestaltung, abgesehen von zufälligen Nebenwirkungen, zukommt (5). Da es allein auf die Wirkung des Zusammenschlusses ankommt, ist andererseits auch nicht erforder-

(1) a.a.O., S. 157
(2) Beispiel bei Kern, a.a.O., S. 52
(3) Kern, a.a.O., S. 51
(4) a.a.O., S. 58
(5) so Krawielicki, a.a.O., S. 57 f

lich, daß die Beteiligten bei ihrem Vorgehen unmittelbar beabsichtigen, einen Zusammenschluß herbeizuführen (1). Es genügt, daß das Vorgehen seiner Natur nach die Folge hat.

Ihrer Natur nach führen nicht zu einem Zusammenschluß Geschäfte, die zur üblichen Betriebsführung eines Unternehmens gehören. Es kann nicht Sinn des Art 66 § 1 MUV sein, diese unter die Kontrolle der Hohen Behörde zu stellen und damit den üblichen Geschäftsverkehr unbillig zu erschweren (2). Lediglich Geschäfte, die aus diesem Rahmen herausfallen und ohne das Hinzutreten weiterer Umstände zu einem Zusammenschluß führen, erfüllen die Voraussetzungen des Art 66 MUV. Die Gewährung eines Kredits oder ein langfristiger Liefervertrag etwa liegen im Rahmen der üblichen Geschäftsführung eines Unternehmens und führen in der Regel zu keiner irgendwie gearteten Konzentration zwischen den Beteiligten. Werden jedoch daneben noch umfangreiche Mitspracherechte des Kreditgebers oder Lieferanten hinsichtlich der Geschäftsführung des betreffenden Unternehmens begründet, so kann ein derartiger Vertrag seiner Natur nach geeignet sein, einen Zusammenschluß im Sinne des Art 66 MUV herbeizuführen (3). Gleiches kann dadurch erreicht werden, daß durch Austausch von Führungskräften eine Koordination oder sogar Subordination der Geschäftstätigkeit beider Unternehmen erreicht wird.

Nicht ihrer Natur nach geeignet, einen Zusammenschluß herbeizuführen, sind auch die Vorgänge, bei denen der Zusammenschluß nur als gesetzliche Nebenwirkung eintritt, wie etwa beim Vermächtnis oder bei der Erbschaft, bei denen zwei Unternehmen unter eine gemeinsame Leitung gelangen (4). Abgesehen davon, daß in diesen Fällen schon das Tatbestandsmerkmal "Vorgehen" fehlt, sind derartige Vorgänge also auch aus diesem Grunde nicht als Zusammenschlüsse im Sinne von Art 66 MUV anzusehen.

4.2.6. Die am Zusammenschluß Beteiligten.

Das Vorgehen im Sinne von Art 66 § 1 MUV muß seiner Natur nach und infolge der Tätigkeit einer Person oder eines Unternehmens, einer Gruppe von Personen oder Unternehmen zu einem Zusammenschluß zwischen Unternehmen führen. Im Gegensatz zu der Vorschrift des § 23 GWB im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verweist der Art 66 § 1 MUV also ausdrücklich darauf hin, daß auch ein Zusammenschluß vorliegt, wenn Personen, und nicht nur Unternehmen daran beteiligt sind. Damit können hier die Schwierigkeiten nicht auftreten, die sich im Rahmen von § 23 GWB dadurch ergeben, daß dort nur von Unterneh-

(1) Jerusalem, a.a.O., S. 158
(2) so auch Krawielicki, a.a.O., S. 58; Kern, a.a.O., S. 51
(3) Beispiele bei Krawielicki, a.a.O., S. 58
(4) so auch Kern, a.a.O., S. 51; Krawielicki, a.a.O., S. 58

men die Rede ist, die an dem Zusammenschluß beteiligt sind. Wenn dort also eine Person, die gleichzeitig Inhaberin eines Unternehmens ist, ein anderes Unternehmen erwirbt, so liegt streng nach dem Wortlaut des § 23 GWB ein Zusammenschluß zwischen Unternehmen nicht vor. Wirtschaftlich gesehen kann es sich gleichwohl, wie die dortigen Ausführungen gezeigt haben, um einen Zusammenschluß handeln (1). Unter der Geltung des Art 66 § 1 MUV erfüllt aber bereits ein derartiger Sachverhalt den Tatbestand dieser Vorschrift.

Infolge der Tätigkeit einer Person kann also immer dann ein Zusammenschluß entstehen, wenn eine Person, die selbst bereits ein Unternehmen beherrscht, die Herrschaft über ein anderes Unternehmen erwirbt. Infolge der Tätigkeit eines Unternehmens geschieht dies, wenn das Unternehmen unmittelbar oder mittelbar durch rechtsgeschäftliche Maßnahmen maßgeblichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen erlangt. Die Tätigkeit einer Gruppe von Personen ist gegeben, wenn diese, selbst Inhaber von Unternehmen, nun zusätzlich gemeinschaftlich einen Einfluß auf ein anderes Unternehmen erlangen, was einmal dadurch geschehen kann, daß sie bereits in ihrem Eigentum befindliche, für sich allein aber nicht maßgebliche Einflußmöglichkeiten, zusammentun und damit als Gruppe einen maßgeblichen Einfluß erlangen, etwa durch Bildung eines Beteiligungskonsortiums (2), oder indem sie sich zusammentun und nun gemeinsam einen maßgeblichen Einfluß, etwa durch Erwerb einer größeren Beteiligung, erlangen und diese auch gemeinsam ausüben. Gleiches gilt bezüglich der Tätigkeit einer Gruppe von Unternehmen, wobei dies vornehmlich in der Form der Interessengemeinschaft erfolgt (3).

Bei der Behandlung der Nr. 5 des § 23 GWB war die Frage aufgetaucht, ob auch Emissionskonsortien oder Gründungskonsortien, die bei der Gründung einer Aktiengesellschaft oder bei einer Kapitalerhöhung lediglich die Anteile übernehmen, um sie anschließend an das Publikum weiterzugeben, der Meldepflicht des § 23 GWB unterliegen. Die Frage ist dort verneint worden (4). Im Recht der Montanunion ist dieser Fall ausdrücklich und zwar im gleichen Sinn in Art 2 der Durchführungsverordnung zu Art 66 § 1 MUV (5) geregelt. Derartige Konsortien fallen nicht unter die Genehmigungspflicht des Art 66 § 1 MUV, auch wenn sie eine maßgebliche Beteiligung bei der Gründung oder der Kapitalerhöhung übernehmen, sofern sie nur die Stimmrechte nicht ausüben.

Eine eingehende Regelung hinsichtlich der an einem Zusammenschluß beteiligten Personen und Unternehmen findet sich in Art 3 der Durchführungsverordnung zu Art 66 § 1 MUV (6).

---

(1) Kap.2.7.

(2) so Kern, a.a.O., S. 50;dazu Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 186

(3) ebenso Kern, a.a.O., S. 50

(4) Kap. 2. 6. 9. 3.

(5) abgedr. im Amtsblatt der EGKS 1954, 345 f -s. im Anhang Entscheidung Nr. 24/54

(6) s. im Anhang die Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 24/54

Soweit Art 1 Abs. 1 Nr. 1 DVO in Betracht kommt, behandelt diese Vorschrift den Normalfall eines Zusammenschlusses. Beteiligt ist also, wer selbst berechtigt wird. Das ist der Eigentümer der erworbenen Rechte.

Nach Nr. 2 gelten aber auch diejenigen als zusammengeschlossen, die lediglich die sich aus einem Zusammenschluß ergebenden Rechte auszuüben berechtigt sind. Hier ist bezüglich des deutschen Rechts insbesondere auf die Ausführungen zu § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB hinzuweisen (1). Dort ist bezüglich der Sicherungsübereignung von Anteilsrechten ausgeführt, daß bei ihr die Stimmrechte mit auf den Sicherungsnehmer übergehen, dieser also die Befugnis erhält, die sich aus den Anteilsrechten ergebenden Rechte auszuüben. Ein derartiger Vorgang fällt also gemäß Nr. 2 ebenfalls unter Art 66 § 1 MUV.

Bei der Verpfändung, Pfändung, Nießbrauchsbestellung und Verwahrung geht das Stimmrecht nicht auf den Berechtigten aus diesen Verträgen über. Den Berechtigten aus diesen Verträgen kann aber die Befugnis übertragen werden, die sich aus den Mitgliedschaftsrechten ergebenden Rechte auszuüben. Insofern gelten auch der Pfandgläubiger, Pfändungspfandgläubiger, Nießbraucher und Verwahrer als mit dem betroffenen Unternehmen zusammengeschlossen und die Übertragung eines derartigen Rechts unterliegt der Genehmigungspflicht (2). Im übrigen muß hierher jeder Fall gerechnet werden, bei dem der wirklich Berechtigte seine Rechte bezüglich eines anderen Unternehmens auf einen Dritten zur Ausübung überträgt. Diese Vorschrift verhindert also in weitem Maße eine Umgehung des Art 66 § 1 MUV, indem sie auch derartige Akte der Genehmigung unterstellt (3).

Einen Sonderfall zu Art 3 Nr. 2 DVO regelt schließlich Art 3 Nr. 3 DVO (4), als diese Vorschrift auch die treuhänderische Übertragung, soweit damit die Befugnis verbunden ist, die sich aus den übertragenden Vermögensgegenständen ergebenden Rechte auszuüben, ebenfalls der Genehmigung unterstellt. Wie bereits oben zu § 23 GWB für das deutsche Recht festgestellt ist (5), geht bei der treuhänderischen Übertragung von Anteilsrechten auch das Stimmrecht mit auf den Treuhänder über, und dieser Vorgang unterliegt daher nach der ausdrücklichen Vorschrift der Genehmigung durch die Hohe Behörde.

Der Art 3 Abs. 2 DVO nimmt bestimmte Rechtsgeschäfte im Sinne des Abs. 1 Nr. 2 und 3 von der Genehmigungspflicht aus, sofern die dort genannten Voraussetzungen gegeben sind. Diese Vorschrift trifft in besonderem Maße für das Depotstimmrecht der Banken in Deutschland zu (6). Nach § 135 Abs. 2 S. 2 AktG ist die Stimmrechtsermächtigung an eine Bank jederzeit widerruflich, und die Bank ist

---

(1) Kap. 2. 6. 5.
(2) ebenso für § 23 GWB oben Kap. 2. 6. 5. 2. ff
(3) ebenso Kern, a. a. O., S. 88
(4) so auch Kern, a. a. O., S. 89
(5) oben Kap. 2. 6. 5. 3.
(6) so auch Kern, a. a. O., S. 90

auch an bestimmte Weisungen des Depotkunden gebunden (1). Aber auch jede andere Übertragung der Befugnisse, die jederzeit widerruflich ist, bestimmten Weisungen des Machtgebers unterliegt und außerdem berechtigt, den wahren Eigentümer aufzudecken, unterliegt keiner Genehmigung.

Hinsichtlich des letzten Erfordernisses kann es zweifelhaft sein, ob eine Bank berechtigt ist, Name und Anschrift ihres Vollmachtgebers bekanntzugeben. Grundsätzlich ist die Bank ihrem Kunden gegenüber, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist, zur Geheimhaltung seiner Vermögensverhältnisse verpflichtet (2). Sie ist daher, soweit das Verhältnis Kunde und Bank in Betracht kommt, nicht befugt, ihren Vollmachtgeber zu nennen. Auch im Hinblick auf das weitgehende Auskunftsrecht der Hohen Behörde gemäß Art 66 § 4 und Art 47 MUV kann hier nicht anders entschieden werden (3). Denn nicht die Rechte der Hohen Behörde sind entscheidend, sondern die Vorschrift stellt es hinsichtlich der Befugnis der Bank erkennbar auf das Verhältnis Eigentümer und Bank ab. Dieses ist auch entscheidend, ob die Voraussetzungen des Art 3 Abs. 2 DVO gegeben sind. Ist der Bank daher im Einzelfall nicht ausdrücklich vom Kunden gestattet worden, ihren Vollmachtgeber zu nennen, was ohne weiteres möglich ist (4), so ist sie selbst verpflichtet, die Genehmigung des Art 66 MUV einzuholen. Entscheidend ist also immer der einzelne zwischen Kunde und Bank abgeschlossene Bankvertrag. Dieses Ergebnis führt freilich dazu, daß der Eigentümer der Rechte die Genehmigung einholen muß, wenn er die Rechte erwirbt, die Bank dies aber bezüglich derselben Rechte ein zweitel Mal tun muß, obwohl sie möglicherweise weitgehenden Weisungen des Eigentümers bei der Ausübung der Rechte unterliegt.

4.2.7. Der Begriff der "Kontrolle".

Jedes Vorgehen also, das unmittelbar oder mittelbar seiner Natur nach und infolge der Tätigkeit von einzelnen oder mehreren Personen oder Unternehmen zu einem Zusammenschluß zwischen Unternehmen führt, ist genehmigungspflichtig. Damit ist aber noch nicht gesagt, was der Art 66 MUV unter einem Zusammenschluß versteht. Lediglich beispielhaft nennt die Vorschrift die Fusion, den Erwerb von Aktien oder Vermögenswerten, eine Darlehnsverpflichtung, einen Vertrag

---

(1) s. jetzt § 135 AktG 1965 und dazu Gessler in BB 1965, 679

(2) zum Bankgeheimnis im deutschen Recht insbes. RG, U. v. 12. 12. 1932 in RGZ 139, 103 (105); BGH, U. v. 26. 10. 1953 in BB 1953, 993; Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, insbes. S. 82 ff; ders., Das Bankgeheimnis

(3) ausf. dazu Würdinger, Zum Auskunftsrecht der Organe der EGKS und der EWG gegenüber privaten Unternehmen in WuW 1964, 579 ff (583), ohne hierzu Stellung zu nehmen; Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, S. 270

(4) Sichtermann, Bankauskunft und Bankgeheimnis, S. 98, 172

oder eine andere Art der Kontrolle. Aus den Worten "oder eine andere Art der Kontrolle" geht hervor, daß die Vorschrift als entscheidend für einen Zusammenschluß den Erwerb der Kontrolle über ein anderes Unternehmen ansieht.

Das wird bestätigt durch den Art 1 der Durchführungsverordnung zu Art 66 § 1 MUV (1), der den Begriff der Kontrolle näher definiert und diese Definition praktisch wie eine Generalklausel den einzelnen in Art 1 DVO aufgezählten Tatbestandsmerkmalen voranstellt.

Wesentlich für einen Zusammenschluß ist danach das Merkmal der Kontrolle, die neben den in Art 1 aufgezählten Tatbestandsmerkmalen vorliegen muß. Es müssen also mindestens zwei Unternehmen unter eine gemeinsame Kontrolle geraten, was einmal dadurch geschehen kann, daß ein Dritter zwei Unternehmen unter seine Kontrolle bringt, oder dadurch, daß zwei Unternehmen zu einem einheitlichen Unternehmen zusammengefaßt werden (2), oder in einer sonstigen Form ihre Geschäftstätigkeit aufeinander abstimmen und vereinheitlichen, ohne ein einheitliches Kontrollorgan einzusetzen (3). Nach Art 1 DVO ist das Tatbestandsmerkmal der Kontrolle gegeben, wenn unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit besteht, die Tätigkeit eines Unternehmens auf dem Gebiete der Erzeugung, der Preise, der Investierungen, der Versorgung, des Absatzes oder der Verwendung des Gewinns zu bestimmen. An dieser Aufzählung der verschiedenen Zweige der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens muß zunächst auffallen, daß diese nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht etwa gemeinsam sondern nur wahlweise -"oder"- der Kontrolle unterstehen müssen. Danach würde also beispielsweise die Kontrolle auf dem Gebiet der Erzeugung allein genügen, um von einem Zusammenschluß zu sprechen.

Mit Recht weist daher Kern (4) darauf hin, daß sich ein derartiger Kontrollbegriff erheblich von dem im Konzernrecht bisher üblichen Begriff der Kontrolle entfernen würde. Nach diesem, insbesondere im deutschen Recht feststehenden Begriff ist es zwar nicht erforderlich, daß das beherrschende Unternehmen Satzungsänderungen durchsetzen kann. Es ist auch nicht erforderlich, daß die Funktionen des anderen Unternehmens in allen Einzelheiten erfaßt werden. Jedoch muß die Beherrschung eine allgemeine sein und darf sich nicht auf einzelne Zweige des Geschäftsbetriebs beschränken. Das herrschende Unternehmen muß in allen wesentlichen Fragen der Geschäftsführung dem abhängigen Unternehmen seinen Willen aufzwingen können (5). Darin unterscheidet sich der Zusammenschluß auch gerade vom Kartell, das nur einzelne, nämlich die kartellmäßig gebundenen Funktionen der beteiligten Unternehmen erfaßt, während der Zusammenschluß zu

---

(1) s. im Anhang die Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 24/54

(2) Haberkorn, Der Begriff des Unternehmenszusammenschlusses nach Art 66 Montanvertrag in NJW 1962, 429

(3) so richtig Kern, a.a.O., S. 56

(4) a.a.O., S. 52 f

(5) dazu Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 15 Anm. 13

einer vollen wirtschaftlichen Integration der zusammengefaßten Unternehmen führt (1).

Es ist daher Kern (2) zuzustimmen, daß man dem Art 1 DVO nicht die Absicht unterstellen darf, hier einen neuen Kontrollbegriff gegenüber dem bisher im Konzernrecht gebräuchlichen schaffen zu wollen. Betrachtet man schließlich die in den Nummern 1 bis 5 genannten Formen, die einen Zusammenschluß darstellen, so ist es geradezu undenkbar, daß bei ihnen eine Beschränkung der Kontrolle auf einen der genannten Geschäftszweige möglich ist. In Nr. 1 werden das gesamte oder doch ein Teil des gesamten Unternehmensvermögens erfaßt, in Nr. 2 werden die Organe eines Unternehmens einem fremden Willen unterstellt und in Nr. 3 wird die gesamte Geschäftsführung erfaßt. Immer handelt es sich also um einen Konzentrationsvorgang, der das Unternehmen als Ganzes erfaßt. Soweit in Nr. 4 und 5 dem Wortlaut nach von den Vorgängen nur die Gewinnbildung oder -verwendung und der Bedarf oder Absatz des betroffenen Unternehmens berührt werden, so ist doch zu beachten, daß gerade diese beiden Punkte in der Geschäftsführung eines Unternehmens alle übrigen Fragen der Unternehmenstätigkeit entscheidend beeinflussen und daher auch von dieser scheinbar nur partiellen Kontrollmöglichkeit doch ein Einfluß auf das gesamte Geschäftsgebaren in aller Regel ausgeht. Auch im Sinne einer einheitliche Begriffsbildung wird man in diesen beiden Nummern keinen von dem in den ersten drei Nummern feststellbaren Kontrollbegriff abweichenden Kontrollbegriff sehen dürfen.

Es ist also davon auszugehen, daß der Kontrollbegriff in Art 66 § 1 MUV mit Art 1 DVO dem herkömmlichen Begriff entspricht, wie er insbesondere im deutschen Aktienrecht gebraucht wird, und eine umfassende Einflußmöglichkeit auf das gesamte Geschäftsgebaren eines Unternehmens gewährt (3). Dabei braucht der Zusammenschluß aber die Selbständigkeit der zusammengeschlossenen Unternehmen nicht völlig aufzuheben. Entscheidend ist, ob die oberste Willensbildung eines Unternehmens in die Abhängigkeit eines anderen Unternehmens oder Unternehmers gerät (4). Nicht kommt es darauf an, ob das herrschende Unternehmen von seinem beherrschenden Einfluß tatsächlich Gebrauch macht (5). Das wird zumeist im Zeitpunkt des Vorgehens, in dem die Genehmigung bereits einzuholen ist, auch noch nicht feststellbar sein. Erheblich ist daher nur, daß es den Einfluß jederzeit auszuüben in der Lage sein wird (6).

---

(1) Hartmann, a.a.O., S. 25; s.a. Krawielicki, a.a.O., S. 55 f

(2) a.a.O., S. 53

(3) von Simson, Kartelle u. Zusammenschlüsse i. d. Montanunion in WuW 1955, 414; Kern, a.a.O., S. 53 f; wohl auch Matthies, Die rechtliche Erfassung von Zusammenschlußvorgängen in WuW 1962, 331

(4) Jerusalem, a.a.O., S. 157; Kern, a.a.O., S. 55

(5) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 15 Anm. 13

(6) so auch Kern, a.a.O., S. 54

Damit diese jederzeitige Möglichkeit aber auch wirklich besteht, bedarf es einer einigermaßen gefestigten Stellung des Inhabers der Kontrolle. Eine einmalige Möglichkeit, einen Einfluß auszuüben, wie etwa in einer schlecht besuchten Hauptversammlung, in der ein geringer Besitz von Stimmrechten die einmalige Gelegenheit bietet, eigene Vorstellungen zur Geltung zu bringen, kann noch nicht die Kontrolle begründen. Auch ein Darlehnsvertrag, der den Darlehnsnehmer nur gelegentlich veranlaßt, nach den Weisungen des Darlehnsgebers zu handeln, kann noch keine Kontrolle begründen (1). Es muß sich um eine auf Dauer angelegte Bindung handeln, die zu einer internen Koordination wirtschaftlicher und technischer Funktionen und einem einheitlichen Auftreten auf dem Markt führt (2).

Ob eine Kontrolle in dem beschriebenen Umfang vorhanden ist, bestimmt sich freilich nicht allein danach, ob die in den Nummern 1 bis 5 des Art 1 DVO genannten Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Deren Vorhandensein allein begründet niemals die Genehmigungspflicht. Darüber hinaus muß sich aus der Gesamtheit aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände ergeben, daß die Möglichkeit zu einer derartig umfassenden Einflußnahme begründet wird (3). Insofern unterscheidet sich diese Vorschrift entscheidend von § 23 GWB, der den Begriff des Zusammenschlusses an feste Tatbestände anknüpft - 25 % des stimmberechtigten Kapitals - und daher die Anzeigepflicht auch dann normiert, wenn im Einzelfall einmal eine derartig umfassende Kontrollmöglichkeit nicht besteht, etwa weil ein größeres Aktienpaket in einer anderen Hand vereinigt ist. Dieser Unterschied erklärt sich aber insofern, als § 23 GWB lediglich dem Kartellamt einen Überblick über den Konzentrationsgrad geben soll und kann. Irgendwelchen unerwünschten Konzentrationen zu begegnen ist diese Vorschrift gar nicht in der Lage. Art 66 MUV dagegen soll eine unerwünschte Konzentration selbst verhindern und unterstellt daher Vorgänge, die wettbewerbsrechtlich schädliche Auswirkungen haben können, einer Genehmigungspflicht. Derartige Auswirkungen können aber nur Zusammenschlüsse haben, die auch wirkliche Einflußmöglichkeiten auf andere Unternehmen begründen. Ob das im Einzelfall vorliegt, kann nicht abstrakt durch Normierung irgendwelcher fester Tatbestände gesagt werden, sondern hängt von zahlreichen gesetzlich gar nicht erfaßbaren Umständen ab, die nur durch Prüfung des Einzelfalls erfaßt werden können. So kann ein Darlehnsvertrag, wenn er keine zusätzlichen Vereinbarungen enthält, niemals eine Kontrolle über ein anderes Unternehmen begründen, da sich die Rechte des Darlehnsgebers in der Einziehung der Zinsen und, wenn keine bestimmte Laufzeit vereinbart ist, in der Kündigung und Einziehung des Darlehns selbst erschöpfen (§§ 607 ff BGB). Gelangt jedoch ein Vertreter des Darlehnsgebers in die Geschäftsführung des Schuldnerunterneh-

(1) Jerusalem, a.a.O., S. 157

(2) Jerusalem, a.a.O., S. 157; Kern, a.a.O., S. 55

(3) Thiesing in BB 1954, 451

mens oder wird ihm zusätzlich zu der Darlehnsvereinbarung ein umfassendes Weisungsrecht eingeräumt oder erlangt er dieses allein auf Grund seiner starken Stellung als Gläubiger des Unternehmens, so sind die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses gegeben. Ebenso ist es bei dem Kauf von Anteilen. Ist hier der gesamte Aktienbesitz in viele Hände verstreut und erwirbt jemand 20 oder 30 % des stimmberechtigten Kapitals, so hat dieser Erwerber eine ungleich größere Machtposition der Gesellschaft gegenüber als ein Erwerber, der mit gleichem Besitz einer zusammengefaßten Macht eines anderen Aktionärs gegenübersteht (1).

Ein bezeichnendes Beispiel bietet die in der Entscheidung der Hohen Behörde vom 22.1.1964 (2) genehmigte Zusammenlegung der Produktionsanlagen der SMK (Société métallurgique de Knutange), Paris, und der UCPMI (Union de consommateurs de produits métallurgiques et industriels), Paris. Die Anlagen beider Unternehmen werden in ein gemeinsam gegründetes und kontrolliertes Unternehmen, die Somosid (Société mosellane de sidérurgie), Paris, eingebracht, dessen Gesellschaftskapital von 150 Millionen Franken auf die beiden Gründerunternehmen verteilt wird. Obgleich diese Verteilung zu ungleichen Teilen erfolgt, hat die Hohe Behörde an Hand der Vereinbarungen über den Zusammenschluß festgestellt, daß die SMK und die UCPMI, die in Holdinggesellschaften umgewandelt werden, völlig paritätisch an den Befugnissen zur Kontrolle der Verwaltung und Führung des neuen Unternehmens beteiligt sind und daher beide als mit dem neuen Unternehmen zusammengeschlossen anzusehen sind.

Ein anderes Beispiel ist der der Hohen Behörde zur Genehmigung vorgelegte und von ihr genehmigte Erwerb einer 50prozentigen Beteiligung der August Thyssen-Hütte AG an der Stahlwerke Rasselstein AG im Jahre 1961 (3). Die Hohe Behörde ist hier zu dem Schluß gekommen, daß der Erwerb der 50prozentigen Beteiligung durch die August Thyssen-Hütte AG nicht zu einer Alleinkontrolle durch die August Thyssen-Hütte AG führen werde, da die Stahlwerke Rasselstein AG nur gemeinsam von der August Thyssen-Hütte AG und der Firma Otto Wolff, die die anderen 50 % besitzt, kontrolliert werden könne. Die Hohe Behörde hat hier daher nur eine sogenannte Gruppenkontrolle festgestellt.

4.2.8. Genehmigungspflicht und Gemeinschaftsunternehmen.

In diesem Fall mußte die Hohe Behörde auch zum ersten Mal zu der Frage Stellung nehmen, inwieweit bei einem sogenannten Gemeinschaftsunternehmen von einem Zusammenschluß zwischen den beteiligten Unternehmen selbst gesprochen werden kann. Sie hat also die Bildung einer Alleinkontrolle durch eines der beiden herrschenden Unternehmen verneint, da beide zu gleichen Teilen berechtigt waren, dagegen aber eine Gruppenkontrolle festgestellt. Die Hohe Behörde

(1) dazu Matthies in WuW 1962, 332
(2) 12. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft, Nr. 241
(3) 10. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft, Nr. 278

ist aber weiter zu dem Ergebnis gekommen, daß durch die Begründung der Gruppenkontrolle kein Zusammenschluß zwischen der August Thyssen-Hütte AG und der Firma Otto Wolff selbst herbeigeführt werde (1). Dabei hat sie jedoch nicht verkannt, daß sich durch die Gruppenkontrolle für die kontrollierenden Unternehmen auch außerhalb des gemeinsam kontrollierten Unternehmens ein tatsächlich beschränkter Wettbewerb ergeben werde.

Mit diesem damaligen Ergebnis der Hohen Behörde stimmt die Auffassung von Kern (2) überein, der in derartigen Fällen von Querverbindungen spricht. Er bejaht ebenfalls eine Gruppenkontrolle, wenn die zwei an einem dritten Unternehmen beteiligten Unternehmen sich hinsichtlich der Ausübung ihrer Rechte an dem dritten Unternehmen untereinander abstimmen. Eine derartige Abstimmung der Rechte war im Fall der Rassenstein AG gegeben, da sich die August Thyssen-Hütte AG und die Firma Otto Wolff geeinigt hatten, den Verkauf der Erzeugnisse der Stahlwerke Rasselstein AG auch weiterhin allein durch die Firma Otto Wolff vorzunehmen.

Kern (3) stimmt aber auch weiter darin mit der Hohen Behörde überein, daß zwischen den beiden herrschenden Unternehmen selbst keine gemeinsame Kontrolle begründet werde, da die gemeinsame Ausübung der Rechte bezüglich des dritten Unternehmens noch nicht notwendig zu einer Koordination der Geschäftsführungen der beiden Unternehmen führen werde (4). Da jedoch bei der Anwendung des Art 66 § 1 MUV alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, ist Kern darin zuzustimmen, daß beim Vorliegen besonderer zusätzlicher Umstände auch in diesen Fällen ein Zusammenschluß zwischen den beiden Inhabern der Gruppenkontrolle zustande kommen kann. Als Beispiel nennt Kern den Fall, daß sich "die Produktionsprogramme der beteiligten und des dritten Unternehmens in besonderer Weise ergänzen", wie das etwa dann der Fall ist, wenn eine Zeche und ein Stahlwerk je zur Hälfte an einer Kokerei beteiligt sind und nun die Förderung der Zeche an Kohle ausschließlich an die Kokerei und von dieser der erzeugte Koks wieder ausschließlich an das Stahlwerk geliefert wird, wobei diese faktische Handhabung auch in irgendwelchen vertraglichen Abmachungen zum Ausdruck kommt.

In diesem Zusammenhang ist auf eine bemerkenswerte Entscheidung der Hohen Behörde hinzuweisen. In ihrer Sitzung vom 25.4.1962 hatte sich die Hohe Behörde mit einem Antrag auf Genehmigung der gemeinsamen Gründung des Hüttenwerks SIDMAR bei Gent in Belgien durch mehrere belgische, luxemburgische und französische Unternehmen zu befassen (5). An dieser Gründung sind beteiligt in einer Gruppe die S.A.Cockerill-Ougreé, Seraing, die S.A.Forges de la providence, Marchienne-au-Pont, Société générale de Belgique, Brüssel, und

(1) 10. Gesamtbereicht, Nr. 278
(2) a.a.O., S. 70
(3) a.a.O., S. 70
(4) ebenso Hartmann, a.a.O., S. 24
(5) dazu 11. Gesamtbereicht, Nr. 346

die Compagnie financière et industrielle, "Confinindus", Brüssel, als weiteres Unternehmen die Compagnie belge de participations Paribas, "Cobepa", Brüssel, ferner die S.A. Aciéries réunies de Burbach-Eich-Dudelange, "Arbed", Luxemburg, und schließlich als weitere Gruppe Schneider & Cie, Paris, die Société métallurgique de Kuntange, Paris, und die Société minière de Droitaumont-Bruville, Paris. Nach dem Investitionsprogramm erhält das zu errichtende Unternehmen neben den erforderlichen Kai- und Löschanlagen für Großraumerztransporter eine vollständige Erzaufbereitungsanlage, zwei Hochöfen, ein 2D-Stahlwerk mit drei Konvertern, eine kontinuierliche Warmbreitbandstraße von 80" sowie eine viergerüstige Tandemkaltstraße von 80".

Die Hohe Behörde hat hier festgestellt, daß das zu gründende Unternehmen mit jeder der vier Gruppen im Sinne des Art 66 § 1 MUV zusammengeschlossen werde. In ihrem Bericht zu der Genehmigung dieses Zusammenschlusses hat sie dabei auf die Genehmigung des Zusammenschlusses zwischen der August Thyssen-Hütte AG und der Stahlwerke Rasselstein AG (1) verwiesen, bei der ebenfalls festgestellt worden war, daß die kontrollierenden Unternehmen gemeinsam die Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens bestimmen und daher als mit diesem zusammengeschlossen gelten. Hinsichtlich der kontrollierenden Unternehmen im Falle Rasselstein sei eine gegenseitige Einflußnahme nicht feststellbar gewesen. Allerdings sei es durchaus möglich, daß solche Kontrollbeziehungen zwischen den kontrollierenden Unternehmen bereits aus anderen Gründen bestünden oder daß das gemeinsam kontrollierte Unternehmen von solcher Bedeutung für die Tätigkeit der Partner sei, daß auch diese infolge der Begründung der Gruppenkontrolle und unter Berücksichtigung sonstiger zwischen ihnen bereits bestehender Bindungen als zusammengeschlossen anzusehen seien.

Die Hohe Behörde ist aber mit ihren Überlegungen noch weiter gegangen. Sie ist nämlich hier zu der Feststellung gekommen, daß mit dem bisherigen Ergebnis der Umfang der Wettbewerbsbeschränkung nicht genügend erfaßt werde. Wenn nämlich die kontrollierenden Unternehmen die gleichen oder ähnliche Erzeugnisse herstellten wie das gemeinsam kontrollierte Unternehmen, so ergebe sich für diese Erzeugnisse infolge der Gruppenkontrolle zwangsläufig eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den beteiligten Unternehmen. Es sei unvermeidbar, daß bei der Ausübung der gemeinschaftlichen Kontrolle, wie etwa bei der Festsetzung der Preise des kontrollierten Unternehmens die kontrollierenden Unternehmen ihre eigenen Preise berücksichtigten und gegebenenfalls alle Preise aufeinander abstimmten. Die Hohe Behörde nennt diese Erscheinung den Gruppeneffekt. Dieser Gruppeneffekt sei aber unlösbar mit der Begründung der Gruppenkontrolle verbunden und müsse im Rahmen von Art 66 § 1 MUV berücksichtigt werden. Die Hohe Behörde weist in dieser Entscheidung darauf hin, daß diese Grundsätze nicht nur bei dem Erwerb einer Gruppenkontrolle über ein be-

(1) 10. Gesamtbericht, Nr. 278

stehendes Unternehmen gelten, auch nicht auf paritätische Gruppenverhältnisse zu beschränken sind, sondern schlechthin gelten. Damit hat die Hohe Behörde also für alle zukünftigen derartigen Zusammenschlüsse praktisch bindend erklärt, daß sie bei der Begründung von Gruppenkontrollen jeweils auch die kontrollierenden Unternehmen als zusammengeschlossen im Sinne des Art 66 MUV ansehen wird, sofern nur das Gemeinschaftsunternehmen und die kontrollierenden Unternehmen gleiche oder ähnliche Produktionsprogramme haben.

Es kann nicht übersehen werden, daß damit der Begriff der Kontrolle in Art 66 § 1 MUV eine erhebliche Ausweitung erfährt. Zu beachten ist auch, daß dieses von der Hohen Behörde als erheblich im Rahmen von Art 66 MUV angesehene aufeinander abgestimmte Verhalten nicht die Folge irgendwelcher rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäftsähnlicher Abmachungen ist, sondern allein eine sich, wenn auch als mittelbare Folge der Begründung der Gruppenkontrolle sich aus der Gsamtsituation ergebende Folge ist. Gleichwohl wird man der Hohen Behörde bei dieser Auffassung folgen können, da es im Rahmen von Art 66 MUV ebenso wie in § 23 GWB nicht auf eine formale Auffassung des Begriffs "Zusammenschluß" ankommen kann, sondern dieser Begriff unter wirtschaftlichem Aspekt zu sehen ist. Wirtschaftlich gesehen ist es aber keineswegs zu verkennen, daß ein derartiges Gemeinschaftsunternehmen, insbesondere wenn es eine derartige Größe hat wie das Unternehmen SIDMAR und wenn es auf dem gleichen Produktionssektor wie die kontrollierenden Unternehmen arbeitet, ganz erhebliche Auswirkungen auf das wettbewerbsrechtliche Verhalten der Mutterunternehmen haben kann und in aller Regel auch haben wird. Alle Beteiligten einer derartigen Gruppe sind an einem größtmöglichen Erfolg der wirtschaftlichen Betätigung interessiert und werden daher zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens ihr Wettbewerbsverhalten entsprechend einrichten, so daß es zu einer gewissen Einschränkung des freien Wettbewerbs kommen wird.

In diesem Sinne ist also der Gruppeneffekt im Rahmen von Art 66 MUV als rechtserheblich zu beachten und somit der Hohen Behörde bei ihrer Entscheidung zuzustimmen.

4.2.9. Zusammenschlüsse innerhalb bestehender Zusammenschlüsse

In § 23 GWB fehlt es an einem derartigen generalklauselartigen Begriff der Kontrolle wie in Art 66 MUV. Dort entsteht die Meldepflicht, wenn einer der fünf Zusammenschlußtatbestände gegeben ist und zwar auch dann, wenn bereits ein Zusammenschlußtatbestand abgeschlossen vorliegt und nun ein neuer den bestehenden Zusammenschluß nur noch verstärkt. In Art 66 § 1 MUV kommt es dagegen nicht darauf an, ob einer der fünf Zusammenschlußtatbestände vorliegt, sondern entscheidend ist letztlich die Tatsache, daß eine Kontrolle begründet wird, wobei alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Daraus folgt, daß

ein Zusammenschluß im Sinne von Art 66 § 1 MUV nicht mehr erfolgen kann, wenn eine Kontrolle bereits durch einen vorhergehenden Zusammenschlußvorgang begründet worden ist. Wo eine Kontrolle besteht, kann eine Kontrolle nicht begründet werden. Zusammenschlüsse innerhalb bestehender Zusammenschlüsse sind daher nicht genehmigungspflichtig (1). Ebenso keiner Genehmigungspflicht unterliegen Umgruppierungen innerhalb des Herrschaftsbereichs eines Unternehmens, da auch hier keine neue Kontrolle begründet wird (2). Auf diesem Standpunkt steht auch die Hohe Behörde. Anläßlich der Reorganisation des gesellschaftlichen Aufbaus der Mannesmann AG im Oktober 1958, bei der die Tochtergesellschaften der Mannesmann AG, die Mannesmannröhren-Werke AG, Mannesmann-Hüttenwerke AG, Hahnsche Werke AG, Essener Steinkohlenbergwerke AG, Gewerkschaft Mannesmann und Mannesmann-Rohstoffwerke GmbH, deren Kapital zu 100 % im Eigentum der Mannesmann AG lag, im Wege der Verschmelzung in die Muttergesellschaft eingegliedert wurden, so daß sie von da ab als Betriebsabteilungen der Mannesmann AG geführt wurden, stellte die Höhe Behörde anläßlich einer Anfrage des Abgeordneten Nederhorst am 28.11. 1958 fest (3):

> Die Hohe Behörde hat lediglich zu prüfen, ob die Verschmelzung ein Vorgehen im Sinne des § 1 des Art 66 darstellt. Sie ist bei der Prüfung davon ausgegangen, daß die Mannesmann AG bereits die betreffenden Tochterunternehmen im Sinne der Entscheidung Nr. 24/54, Art. 1, kontrolliert, so daß die Unternehmen im Sinne des § 1 des Art 66 zusammengeschlossen sind.
> Bestand bereits ein Zusammenschluß- so wie hier durch maßgebende Beteiligung -, dann kann eine Verschmelzung nicht mehr als ein Vorgehen angesehen werden, daß einen Zusammenschluß im Sinne des Art 66 § 1 bewirkt. Demnach bedarf die Verschmelzung im Mannesmann-Konzern keiner Genehmigung durch die Hohe Behörde.

Gleiches gilt auch bezüglich der Neuorganisationen im Konzernbereich der Ilseder Hütte in Peine, der Klöckner-Werke AG in Duisburg und der Hoesch AG in Dortmund (4).

---

(1) Hartmann, a.a.O., S.17
(2) Hartmann, a.a.O., S. 17
(3) abgedr. im Amtsblatt der EGKS 1958, 555
(4) dazu Benisch, Zusammenschlüsse und Kartellaufsichtsmaßnahmen in der Montanunion in WuW 1959, 651

4.3. Die einzelnen Zusammenschlußtatbestände.

In Art 1 DVO zu Art 66 MUV (1) werden fünf Gruppen von Zusammenschlußvogängen genannt, die die Voraussetzungen des Art 66 § 1 MUV erfüllen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale allein niemals genügt, eine Genehmigungspflicht zur Entstehung zu bringen. Bei allen fünf Tatbeständen ist daher erforderlich, daß zusätzlich die in der Generalklausel des Art 1 DVO bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind (2), wobei die Kontrolle durch eines der genannten Tatbestandsmerkmale, aber auch durch Verbindung mehrerer Tatbestandsmerkmale begründet werden kann. Anders als in § 23 GWB wird es hier also nicht allein auf bestimmte Rechtsinstitute abgestellt, auch sind nicht entscheidend schuldrechtliche oder dingliche Bindungen durch Vertrag oder Eigentum, sondern letztlich kommt es allein auf das Gesamtbild der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse an, die ein Herrschaftsverhältnis begründen (3).

Aus der Formulierung des Art 1 DVO "die Tatbestandsmerkmale sind ..." ergibt sich, daß es sich hierbei um eine abschließende Aufzählung handelt, die ausschließlichen Charakter hat. Andere als die dort genannten Tatbestandsmerkmale fallen also nicht unter den Art 66 § 1 MUV, auch wenn sie eine Kontrolle über ein anderes Unternehmen begründen sollten (4).

4.3.1. Eigentum oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens eines Unternehmens (Art 1 Nr. 1 DVO).

Die Kontrolle wird in diesen Fällen durch einen unmittelbaren Erwerb der sachlichen Grundlagen eines Unternehmens verwirklicht. Die Vorschrift spricht zwar nur von dem Erwerb des Vermögens eines Unternehmens, richtigerweise wird man aber hierher auch den Vorgang rechnen, der das Unternehmen als Rechtsträger samt seinen materiellen Grundlagen erfaßt. Derartige Zusammenschlüsse erfassen das Vermögen eines Unternehmens, gehen aber insofern, als das Unternehmen als Träger des Vermögens selbst mitbetroffen wird, noch darüber hinaus.

Somit gehören hierher die Zusammenschlußvorgänge, die in § 23 Abs. 2 GWB unter Nr. 1 geregelt sind, also die Verschmelzung mit anderen Unternehmen (5). Es sind dies also die in den §§ 339 ff AktG geregelten Fälle der Verschmelzung durch Aufnahme und der Verschmelzung durch Neubildung. Ebenso

---

(1) Antsblatt der EGKS 1954, 345 - s. im Anhang, Nr. 24/54
(2) Thiesing in BB 1954, 451; Jerusalem, a.a.O., S. 157
(3) Hartmann, a.a.O., S. 29
(4) so allein auch Thiesing in BB 1954, 451
(5) ebenso Haberkorn in NJW 1962, 429

gehören hierher die in den §§ 93 a ff GenG geregelten Tatbestände. Ausgenommen werden müssen hier jedoch die im deutschen Umwandlungsgesetz geregelten Konzentrationsvorgänge. Das folgt aus dem Begriff der Kontrolle, der den Konzentrationsfällen des Art 1 DVO übergeordnet ist. In den Fällen des UmwG besteht jeweils schon vorher eine Kontrolle im Sinne des Art 1 DVO, da eine Umwandlung nach dem UmwG den Besitz aller oder doch neun Zehntel der stimmberechtigten Anteile an der zu erwerbenden Gesellschaft voraussetzt (§§ 3, 9, 15, 23, 24, 25 UmwG). In diesen Fällen kann also eine Kontrolle nicht mehr begründet werden, und somit unterliegen Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz nicht der Genehmigungspflicht (1). Gleiches gilt für die Fälle der Verschmelzung, bei denen bereits vorher in irgendeiner Form ein maßgeblicher Einfluß auf die Geschäftspolitik des übertragenden Unternehmens begründet war, wie etwa bei der Verschmelzung mit einer 100-prozentigen Tochtergesellschaft.

Auch der in § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB geregelte Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen wird von Art 1 DVO erfaßt. Hierher gehören im deutschen Recht die Fälle des § 361 AktG, aber auch jeder sonstige Erwerb des gesamten Vermögens eines Unternehmens im Sinne von § 23 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

Nach Art. 1 Nr. 1 DVO ist auch genehmigungspflichtig der Erwerb eines Teils eines Unternehmens. Diesem Tatbestand entspricht zunächst der in § 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB genannte Fall des Erwerbs einer Betriebsstätte eines anderen Unternehmens. Darüber hinaus ist aber zu beachten, daß die Vorschrift nicht wie in § 23 GWB an einen in der Rechtswissenschaft durch Rechtsprechung und Schrifttum genau abgegrenzten Begriff wie der Betriebsstätte anknüpft, sondern ganz allgemein den Erwerb eines Teils eines Unternehmens der Genehmigungspflicht unterstellt. Das mag daran liegen, daß es keinen derartigen Begriff gibt, der in allen sechs Mitgliedstaaten die gleiche Bedeutung hat. Der hier gewählte Begriff geht aber weit über den Begriff der Betriebsstätte hinaus und würde rein formalistisch betrachtet auch den Erwerb einer Maschine, eines Grundstücks oder ähnlicher Zubehörstücke eines Unternehmens erfassen, da auch diese zu den "Teilen" eines Unternehmens gehören. Es kann jedoch keineswegs angenommen werden, daß die Vorschrift derartig weit in die unternehmerische Betätigung eingreifen und auch derartig unbedeutende Vorgänge, die auf die Wettbewerbslage der Beteiligten keinerlei Auswirkungen haben können, einer Genehmigungspflicht unterstellen und damit die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmen unbillig beschränken will. Hier kann daher nur eine sinngemäße und an den Zweck des Art 66 MUV ausgerichtete Auslegung zu einem vernünftigen und wirtschaftlich tragbaren Ergebnis führen.

Sinn des Art 66 MUV ist es, Konzentrationsvorgänge auf dem Markt, die zu einer unerwünschten Machtstellung und damit verbundenen Einschränkung des

(1) dazu oben Kap. 4.2.9.

freien Wettbewerbs führen können (Art 66 § 2 MUV), einer vorherigen Genehmigung zu unterstellen und sie gegebenenfalls zu verhindern. Derartige Auswirkungen auf das Marktgeschehen können aber nur Vorgänge haben, bei denen es sich auch wirklich noch um einen, wenn auch "Teil"-Zusammenschluß handelt (1). Unbedeutende Vorgänge, wie der Erwerb einer Maschine oder eines Grundstücks, sind in diesem Zusammenhang unbeachtlich. Überhaupt wird man den Erwerb einzelner Vermögensgegenstände hier ausnehmen müssen, da derartige Vorgänge in den Rahmen normaler Wirtschaftsbeziehungen gehören und wettbewerbsrechtlich irrelevant sind (2). Ein genehmigungspflichtiger Teilzusammenschluß im Sinne dieser Vorschrift wird also erst dann anzunehmen sein, wenn es sich um den Erwerb eines in sich geschlossenen, nicht unbedeutenden Teils eines Unternehmens handelt (3).

Als solcher Teil eines Unternehmens kommt zunächst eine Betriebsstätte im Sinne des deutschen Rechts in Betracht. Angesichts der ganz allgemeinen Fassung des Art 1 Nr. 1 DVO wird man diese Vorschrift jedoch nicht auf den verhältnismäßig eng abgegrenzten Begriff der Betriebsstätte beschränken dürfen, sondern darüber hinaus auch jeden sonstigen Vorgang hinsichtlich eines bedeutenderen Teils eines Unternehmens dieser Genehmigungspflicht unterstellen, der für die wettbewerbsrechtliche Stellung der beteiligten Unternehmen von einer gewissen Bedeutung ist, wenn er auch im Sinne des deutschen Rechts nicht als Betriebsstätte angesehen werden kann. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo einzelne Gegenstände, wenn auch von bedeutenderem Wert erworben werden. Derartige Geschäfte will die Vorschrift erkennbar unberührt lassen. Kern (4) ist daher zuzustimmen, wenn er zwar den Erwerb einer Schachtanlage, einer Kokerei, eines Hochofens oder einer Walzstraße der Genehmigung unterstellt, nicht dagegen den Erwerb einzelner Maschinenanlagen, auch wenn diese einen größeren Wert besitzen (5).

Neben dem Erwerb eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils zu Eigentum unterliegt der Genehmigung auch der Erwerb, der lediglich ein Nutzungsrecht begründet. Hier ist zunächst der Nießbrauch zu nennen, wenngleich dieser in der wirtschaftlichen Praxis heute praktisch unüblich ist. Unter dieses Tatbestandsmerkmal fällt aber auch entgegen Kern (6) der Betriebsüberlassungsvertrag (7). Dieser ist hier ebenso wie in § 23 GWB zu verstehen als ein Vertrag,

---

(1) so auch Kern, a.a.O., S.73
(2) ähnlich Kern, a.a.O., S.73
(3) Kern, a.a.O., S.73; ebenso Schmidt, Diss., S.7
(4) a.a.O., S.73
(5) ebenso Schmidt, Diss., S.7
(6) a.a.O., S.74
(7) richtig Thiesing in BB 1954, 451

bei dem einem anderen ein Betrieb zur Ausbeute gegen eine irgendwie geartete Gegenleistung überlassen wird (1). Keineswegs kommt es darauf an, in wessen Namen der Betrieb geführt wird, da ebenso wie in § 23 GWB auch hier entscheidend die Verstärkung der wirtschaftlichen Machtposition des Übernehmenden ist. Dazu gehört in erster Linie der Pachtvertrag, aber auch jeder sonstige Überlassungsvertrag, bei dem der Übernehmende eine unbeschränkte Herrschaftsmacht und damit eine Kontrolle im Sinne des Art 1 DVO über den Betrieb erlangt. Das ist auch der Fall beim Gestions- oder Verwaltungsvertrag, wenngleich dieser primär nicht darauf ausgerichtet ist, dem Übernehmenden die Ausbeute des Betriebes zu überlassen, sondern in erster Linie bezweckt, die wirtschaftliche Leitung einem anderen zu übertragen, der dazu aus irgendwelchen Gründen besser qualifiziert ist als der Eigentümer. Regelmäßig handelt es sich aber auch bei derartigen Verträgen um ein Nutzungsrecht im weitesten Sinne, da der Betriebsführer in irgendeiner Form, sei es prozentual oder mit festen Beträgen, an dem Ergebnis des geführten Betriebes beteiligt wird. Daher ist es gerechtfertigt, auch derartige Betriebsüberlassungsverträge der Genehmigungspflicht des Art 1 Nr. 1 DVO zu unterstellen. Ausgenommen werden müssen nur diejenigen Verträge, bei denen der "Verwalter" eine natürliche Person oder mehrere natürliche Personen sind, da derartige Verträge von Art 1 Nr. 3 DVO erfaßt werden.

Immer sind jedoch bei der Frage, ob ein genehmigungspflichtiger Zusammenschluß vorliegt, insbesondere also, ob eine Kontrolle im Sinne des Art 1 DVO begründet wird, die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Behält sich daher im Einzelfall der den Betrieb übergebende umfangreiche Mitspracherechte vor, so daß von einer Kontrolle durch den Übernehmenden nicht gesprochen werden kann, so ist trotz Vorliegens der Voraussetzungen der Nr. 1 des Art 1 DVO eine Genehmigung nicht einzuholen.

Bezieht sich ein Vorgang in der genannten Art auf ein sogenanntes nichtwerbendes Unternehmen (2) oder einen Unternehmensteil, der zur Zeit der Übertragung nicht produktiv tätig ist und daher auch nicht im Wettbewerb steht, so kann die Frage, ob es sich auch hierbei um genehmigungspflichtige Vorgänge handelt, nur danach beantwortet werden, ob es sich auch hierbei um einen nach Sinn und Zweck des Art 66 MUV zu erfassenden Vorgang handelt. Ziel dieser Vorschrift ist es, die Verstärkung von Marktpositionen durch Hinzuerwerb bestehender Wettbewerber zu verhindern oder doch zumindest durch die Einschaltung des Genehmigungsverfahrens in bestimmten Grenzen zu halten, um den freien Wettbewerb so weit als möglich zu schützen. Es ist Kern (3) daher zuzustimmen, wenn er die Beantwortung dieser Frage darauf abstellt, ob es sich

(1) dazu oben Kap. 2.5.2.
(2) so Kern, a.a.O., S. 74 f
(3) a.a.O., S.75

bei dem Zusammenschluß um die Angliederung einer bestehenden Kapazität oder um einen als Neuerrichtung anzusehenden Vorgang handelt. Für Art 66 § 1 MUV kann es nicht darauf ankommen, ob der erworbene Betrieb gerade zur Zeit des Erwerbsvorgangs werbend tätig ist oder ob er dem Erwerber nur die Möglichkeit gewährt, ihn im Marktgeschehen einzusetzen. Allein eine derartige potentielle Verstärkung der Machtposition des Erwerbers genügt bereits, die Genehmigungspflicht auszulösen.

Bezieht sich dagegen der Erwerb auf einen Gegenstand, der erst zur Neuerrichtung eines Betriebes dienen soll, also etwa ein unverritztes Kohlenfeld, so mag es schon sehr zweifelhaft sein, ob hier überhaupt von einem Unternehmensteil im Sinne des Art 1 Nr. 1 DVO gesprochen werden kann. Aber auch wenn dies noch zu bejahen wäre, da der Begriff des Unternehmensteils im Sinne der Nr. 1 nicht so eng aufzufassen ist wie der Betriebsstättenbegriff in § 23 GWB, so handelt es sich doch nicht um den Hinzuerwerb einer, wenn auch potentiellen Kapazität, die auf dem Markt eingesetzt werden kann. Es bedarf noch umfangreicher Erschließungs- und Aufbauarbeiten verbunden mit erheblichen Investitionen, bevor hier überhaupt eine neue Kapazität geschaffen ist, die den Wettbewerb beeinflussen kann. Wenn auch ein derartiger Vorgang, der auch im weitesten Sinne nicht als Zusammenschluß sondern als gewöhnlicher Vorgang im Rahmen üblicher Geschäftsbeziehungen anzusehen ist, der Genehmigungspflicht unterstände, so würde dies einen unzumutbaren und durch den Zweck der Vorschrift nicht gerechtfertigten Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellen, die auch erkennbar vom Gesetzgeber nicht gewollt ist. Nur der Erwerb bestehender, wenn auch nicht werbend tätiger, Produktionskapazitäten ist daher der Genehmigungspflicht zu unterstellen.

4.3.2. Recht oder Verträge, die Einfluß auf die Bestellung, die Entscheidungen oder Beschlüsse der Organe eines Unternehmens gewähren (Art 1 Nr. 2 DVO).

Diese Vorschrift nennt vier Gruppen von Zusammenschlußtatbeständen. Es sind dies Rechte, die Einfluß auf die Bestellung der Organe eines Unternehmens gewähren und Rechte, die Einfluß auf die Entscheidungen und Beschlüsse der Organe eines Unternehmens gewähren. Diesen Rechten gleichgestellt werden Verträge, die die genannten Einflußmöglichkeiten eröffnen. Rechte im Sinne dieser Vorschrift sind insbesondere Eigentumsrechte, die aber, da sie in Nr. 1 geregelt sind, hier ausgenommen werden müssen.

Neben den Eigentumsrechten gewähren insbesondere Gesellschaftsrechte die Möglichkeit, auf die Organe eines Unternehmens einzuwirken. Diese werden in den obersten Organen der Gesellschaften ausgeübt, und zwar bei der Aktiengesellschaft in der Hauptversammlung (§ 118 AktG), die den Aufsichtsrat

und mittelbar über den Aufsichtsrat auch den Vorstand wählt, bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft in der Gesellschafterversammlung (§§ 48 GmbHG, 114 ff, 161 HGB) (1).

Hinsichtlich der Aktiengesellschaft ist jedoch zu beachten, daß die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft allein in den Händen des Vorstands liegt und die Hauptversammlung nur in Ausnahmefällen in der Lage ist, dem Vorstand in Fragen der Geschäftsführung bindende Weisungen zu erteilen. Die rein rechtlichen Möglichkeiten, die ein Aktienbesitz verleiht, dürften also allein niemals ausreichen, um eine umfassende Kontrolle im Sinne des Art 1 DVO zu begründen. Da im Rahmen dieser Vorschrift jedoch alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, ist hier insbesondere zu beachten, daß die faktischen Möglichkeiten, die ein umfangreicher Aktiengesetz an einer Gesellschaft verleiht, ganz erheblich sind (2) und daher auch der Erwerb von Anteilen an einer Aktiengesellschaft unter diese Vorschrift fallen kann.

Die Konzentration mittels Aktienerwerbs an einer anderen Gesellschaft stellt daher auch eines der am häufigsten angewandten Mittel dar, um einen Einfluß auf ein anderes Unternehmen zu gewinnen (3). Dabei wird in dieser Vorschrift aber nicht wie in § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB eine feste Grenze genannt, bei deren Erreichen die Genehmigung erforderlich wird. Vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen, ob im Einzelfall eine Kontrolle begründet wird (4). Eine derartige Kontrolle wird immer dann gegeben sein, wenn der Besitz über 50 % hinausgeht und damit seinem Eigentümer die Mehrheit in der Hauptversammlung verschafft. Im Einzelfall kann jedoch auch schon ein geringerer Besitz ausreichen, sofern etwa der übrige Besitz zersplittert und auch regelmäßig in der Hauptversammlung nicht vertreten ist, so daß dieser Besitz mehr Rechte verleiht, als ihm gemessen an seiner absoluten Zahl zukommt (5). Kern (6) ist allerdings zuzustimmen, daß der Besitz einer Sperrminorität von 25 % in der Regel nicht ausreichen wird, um von der Begründung einer Kontrolle zu sprechen, da die Möglichkeit, Satzungsänderungen zu verhindern (§ 179 AktG) oder in bestimmten anderen im Gesetz genannten Fällen einen Beschluß zu verhindern (§§ 182, 222 AktG), niemals zu einer umfassenden Kontrolle eines Unternehmens

---

(1) ausf. dazu oben Kap. 2.6.1.

(2) ausf. dazu Kap. 2.6.1.

(3) dazu die Zusammenstellung aller bis Anfang 1964 durch die Hohe Behörde genehmigter Zusammenschlüsse in der Montanunion, die fast alle auf der Basis eines Aktienerwerbs erfolgten - 12. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft, Nr. 254

(4) dazu auch Matthies in WuW 1962, 332

(5) dazu auch die Beispiele oben, Kap. 2.6.2.

(6) a.a.O., S. 60

führen kann. Es müssen schon besondere Umstände hinzutreten - etwa daß das Schicksal des Unternehmens von einer Satzungsänderung abhängt und daher dem Inhaber der Sperrminorität weitgehende Konzessionen hinsichtlich der Geschäftsführung eingeräumt werden - um auch in derartigen Fällen von einem Zusammenschluß im Sinne des Art 66 § 1 MUV sprechen zu können.

Art 66 § 1 MUV spricht aber auch von einem Zusammenschluß, wenn dieser auf dem Vorgehen einer Gruppe von Personen oder Unternehmen beruht. Sofern also der Besitz des einzelnen Aktionärs nicht ausreicht, um auf die Geschikke der Gesellschaft einzuwirken, so kann gleichwohl eine Kontrolle über ein Unternehmen herbeigeführt werden, wenn sich die Inhaber mehrerer Aktienpakete an derselben Gesellschaft hinsichtlich der Ausübung ihrer Rechte aus den Aktien zusammentun und nun gemeinsam eine beherrschende Stellung in der Hauptversammlung erlangen. Derartige Stimmrechtskonsortien werden auch allgemein nach deutschem Aktienrecht als zulässig angesehen (1), unterliegen aber der Genehmigungspflicht nach Art 66 § 1 MUV.

Die Genehmigungspflicht ist auch dann gegeben, wenn der Erwerb der Anteile lediglich zu Kapitalanlagezwecken erfolgt (2). Schon die potentielle Gefahr für den Wettbewerb bedarf der Genehmigung, so daß es nicht darauf ankommt, ob die durch die erworbenen Anteile gewährten Kontrollrechte im Einzelfall ausgeübt werden. Zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile, zu dem die Genehmigung bereits eingeholt werden muß, wird man in der Regel auch noch nicht sagen können, was der Erwerber mit den erworbenen Anteilen zu tun beabsichtigt.

Es erscheint jedoch gerechtfertigt, Kapitalanlage- oder Investmentgesellschaften von dieser allgemeinen Genehmigungspflicht anszunehmen. Diese legen bei ihnen eingezahltes Geld im eigenen Namen für Rechnung der Einzahlenden in Wertpapieren gegen Ausgabe von Anteilsscheinen an (3), betreiben jedoch in bezug auf die einzelnen Unternehmen keine eigentliche Geschäftspolitik, sondern beschränken ihre Tätigkeit allein auf die bestmögliche Anlegung der ihnen anvertrauten Gelder (4). Eine Kontrolle im Sinne des Art 66 MUV wird daher durch ein derartiges Unternehmen niemals begründet (5).

Neben der Haupt- und Gesellschafterversammlung kommen im Rahmen dieser Vorschrift im deutschen Recht insbesondere der Aufsichtsrat, der Vorstand und die Geschäftsführer in Betracht. Nach deutschem Recht ist es jedoch nicht

---

(1) RG, U. v. 11. 6. 1931 in RGZ 133, 90 (95); ausf. dazu Rasch, Konzernrecht, S. 55 ff; Geßler, Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz in JW 1937, 497 (502)

(2) a. A. Kern, a. a. O., S. 66

(3) § 1 d. Ges. v. 16. 4. 1957 in BGBl I, 378

(4) dazu oben Kap. 2. 6. 9. 4.

(5) ebenso offenbar Kern, a. a. O., S. 66

unbeschränkt möglich, auf die Bestellung und die Entscheidungen dieser Organe einzuwirken oder derartige Rechte zu begründen.

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft wird im deutschen Recht grundsätzlich von der Hauptversammlung gewählt (§ 98 AktG). Sofern also eine beherrschende Stellung in der Hauptversammlung begründet wird, entsteht damit auch sogleich die Möglichkeit, auf die Bestellung des Aufsichtsrats einzuwirken. Satzungsbestimmungen, nach denen gewisse Aktionäre oder Dritte das Recht haben sollten, eine oder mehrere von ihnen ausgewählte Personen in den Aufsichtsrat zu entsenden oder nach denen bestimmte Personen ohne weiteres Mitglieder des Aufsichtsrats sein sollten, waren nach früherem Recht nichtig (1). Anerkannt wurden lediglich schuldrechtliche Vereinbarungen von Aktionären, die die Ausübung des Stimmrechts bei der Besetzung von Aufsichtsratsposten der Gesellschaft zum Gegenstand hatten (2). Nach dem Aktiengesetz von 1965 werden die Mitglieder des Aufsichtsrats zwar auch weiterhin grundsätzlich von der Hauptversammlung gewählt (§ 101 AktG), die Satzung kann jedoch nach näherer Maßgabe des § 101 Abs. 2 AktG bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht einräumen, bis zu einem Drittel der Gesamtzahl der von den Aktionären zu wählenden Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Voraussetzung ist jedoch, daß die Aktien auf den Namen lauten und ihre Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist (§ 101 Abs. 2 AktG) (3). Eine derartige Möglichkeit besteht aber nur für Aktionäre, für Nichtaktionäre können derartige Rechte also nicht begründet werden (4). Diese Bestimmung hat freilich nur Bedeutung für Gesellschaften, die sich nicht schon auf Grund von entscheidendem Anteilsbesitz in festen Händen befinden, da hier die Inhaber der Anteile auf Grund ihres Stimmrechts schon genügend Macht in der Hand haben, den Aufsichtsrat mit den ihnen genehmen Persönlichkeiten zu besetzen.

Für den Bereich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind durch die Satzung geschaffene Rechte eines Gesellschafters auf Entsendung bestimmter Personen in einen etwaigen Aufsichtsrat stets anerkannt worden (5). Dabei ist § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen- und Stahlerzeugenden Industrie (6) zu beachten, wonach bei Montanunternehmen in der

---

(1) RG, U. v. 16. 12. 1913 in RGZ 83, 377 (382); RG, U. v. 11. 6. 1931 in RGZ 133, 90 (94)

(2) RG, U. v. 11. 6. 1931 in RGZ 133, 90 (95); ausf. Rasch, Konzernrecht, S. 55 ff; Geßler in JW 1937, 497 (502)

(3) Geßler in JW 1937, 502

(4) Baumbach-Hueck, AktG, § 88 Anm. 2

(5) so schon RG, U. v. 12. 10. 1940 in RGZ 165, 68 ff; ausf. dazu Scholz, GmbHG, § 52 Tz 12, 13; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 52 Anm. 2

(6) MitbestG - BGBl 1951 I, 347 ff

Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein Aufsichtsrat zwingend vorgesehen ist.

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft wird im deutschen Recht durch den Aufsichtsrat (§ 84 Abs. 1 AktG), die Geschäftsführer einer GmbH durch die Gesellschafter bestellt (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Sofern ein beherrschender Anteilsbesitz an diesen Gesellschaften erworben wird, besteht also bei der GmbH unmittelbar die Möglichkeit, Einfluß auf die Bestellung der Geschäftsführer zu nehmen, bei der Aktiengesellschaft besteht diese Möglichkeit nur mittelbar über den Aufsichtsrat, der aber in aller Regel von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten des Großaktionärs oder doch zumindest diesem nahestehenden Persönlichkeiten besetzt sein wird. Für Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Montanindustrie ist jedoch durch § 3 Abs. 2 MitbestG zwingend vorgeschrieben, daß die Geschäftsführer durch den Aufsichtsrat bestellt werden, insofern gilt also das Gleiche wie für die Aktiengesellschaft.

Dritten Personen kann durch Satzungsbestimmung unmittelbar also kein Einfluß auf die Bestellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft eingeräumt werden. Dafür ist ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig. Die Bestellung kann auch nicht von der Zustimmung oder sonstigen Mitwirkung eines Dritten abhängig gemacht werden (1). Ein Einfluß auf die Bestellung des Vorstands läßt sich also nur auf dem Weg über den Aufsichtsrat sicherstellen.

Dagegen sind vertragliche Abreden über die Bestellung von Vorstandsmitgliedern zulässig und in Praxis sehr weit verbreitet (2). Allerdings können auch diese nur auf dem Wege über den Aufsichtsrat verwirklicht werden. Verpflichten sich etwa die Parteien eines Konsortialvertrages zu einheitlichem Vorgehen in der Personalpolitik der von ihnen beherrschten Gesellschaft, so bedeutet das, daß sie im Sinne der Vereinbarungen auf ihre Vertreter im Aufsichtsrat einzuwirken haben (3).

Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind die Gesellschafter zwar grundsätzlich in der Ausgestaltung der Satzung freier. Hier kann also die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer auch durch die Satzung einem der Gesellschafter allein übertragen werden (4). Das gilt jedoch nicht für Gesellschaften der Montanindustrie, da nach § 3 Abs. 2 MitbestG die Bestellung der Geschäftsführer allein durch den Aufsichtsrat zu erfolgen hat.

Genehmigungspflichtig sind weiter Verträge, die Einfluß auf die Entscheidungen oder Beschlüsse der Organe eines Unternehmens gewähren. Derartige Ver-

---

(1) Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 75 Anm. 3

(2) dazu Kern, a. a. O., S. 63; Haussmann, 2. Teil, S. 151; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 419 f; Mestmäcker, S. 115; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 32 f; RG, U. v. 17. 6. 1939 in DR 1940, 244 ff

(3) Rasch, Konzernrecht, S. 55 ff; Friedlaender, Konzernrecht, S. 84 ff

(4) RG, U. v. 11. 6. 1931 in RGZ 133, 90 (95)

träge waren im deutschen Recht zunächst insbesondere im Anschluß an die beiden bekannten Entscheidungen des Reichsgerichts im Rumänischen Eisenbahnenfall (1) und im Deutsch-Amerikanischen Petroleumfall (2) für unzulässig angesehen worden (3). Heute wird jedoch eine auch weitgehende Unterwerfung einer Gesellschaft unter einen fremden Willen nicht mehr als gegen das Gesetz verstoßend betrachtet (4). Derartige Verträge haben sogar in der Organschaft und nunmehr in § 291 Abs. 1 AktG durch den Beherrschungsvertrag ihre gesetzliche Anerkennung gefunden (5). Denn das Wesen dieser Verträge besteht gerade darin, daß die Gesellschaft dem Willen eines Unternehmens derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen hat (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG) (6) und das herrschende Unternehmen dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen erteilen kann (§ 308 AktG). Die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung in ein anderes Unternehmen kann also keinen Bedenken begegnen (7). Der eigentliche Organschaftsvertrag, dessen Merkmale eine Gewinn- und Verlustausschlußvereinbarung ist (8), muß jedoch aus dem Bereich der Nr. 2 herausgenommen werden, da insofern die Nr. 4 als Sondervorschrift zur Anwendung kommt.

Im Rahmen der Nr. 2 sind insbesondere noch die Beteiligungs- oder Holdinggesellschaften zu nennen, deren Hauptzweck in der Beteiligung an anderen

---

(1) RG, U. v. 19. 2. 1881 in RGZ 3, 123 ff

(2) RG, U. v. 27. 5. 1913 in RGZ 88, 308 ff

(3) ausf. dazu Rasch, Konzernrecht, S. 98; Friedlaender, Konzernrecht, S. 38 ff

(4) Rasch, Konzernrecht, S. 99; Zöllner, a. a. O., S. 79 f; Pleyer in AG 1959, 10; unentschieden BGH, U. v. 8. 2. 1960 in NJW 1960, 721; Fischer im Großkommentar z. AktG § 52 Anm. 3, 4, 18 § 54 Anm. 7

(5) ob die Organschaft gegen die aktienrechtlichen Bestimmungen verstößt, ist stark umstritten, dazu insbes. Duden, Aktienrechtliche Fragen zur Organschaft mit einem Großaktionär in BB 1957, 49 ff; Flume, Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht in DB 1956, 455 ff; ders., Nochmals zur Organschaft im Körperschaftssteuerrecht in DB 1956, 672 ff; Ballerstedt, Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft in DB 1956, 813 ff, 837 ff; Hueck, Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge in DB 1959, 223 ff; BGH, U. v. 8. 2. 1960 in NJW 1960, 721

(6) Plückebaum-Malitzky, UStG, §§ 1-3 Tz 251 ff; Blümich-Boyens-Steinbring-Klein, GewStG, § 2 Anm. 99, 101; ausf. Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, S. 77 ff u. 313 f; Rasch, Konzernrecht, S. 83 f; Schmidt-Meyer-Landrut, Großkommentar zum AktG, § 15 Anm. 7 c; Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, 1958, S. 28 f; u. oben Kap. 2. 5. 3. 5.

(7) dazu jetzt auch Begründung der Bundesregierung zu § 280 AktG - BT-Drucksache IV/171

(8) Pleyer in AG 1959, 9; Bühler, a. a. O., S. 313 f; Rinck, Konzernrecht, S. 128

Unternehmen besteht, die aber selbst keine eigentliche Produktionstätigkeit ausführen (1). Auf der Basis eines beherrschenden Anteilsbesitzes fassen diese eine Mehrzahl von Unternehmen unter ihrer einheitlichen Leitung zu Konzernen zusammen, wobei der Grad der Beherrschung von dem Anteilsbesitz abhängt, aber auch von zahlreichen anderen Fragen beeinflußt wird, wie etwa Fragen des Einkaufs und Absatzes, der Besetzung der führenden Posten und dergleichen mehr.

Bei allen hier genannten Rechten ist freilich jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob durch das in Frage stehende Recht tatsächlich eine Kontrolle im Sinne des Art 1 DVO begründet wird. So ist beim Erwerb eines Aktienpaketes von weniger als 50 % des stimmberechtigten Kapitals zu prüfen, ob einem derartigen Paket ein Großaktionär oder viele Kleinaktionäre gegenüberstehen, ob der übrige Besitz regelmäßig in der Hauptversammlung vertreten ist oder seine Rechte gar nicht ausnutzt; bei den Rechten hinsichtlich des Aufsichtsrates oder des Vorstandes und der Geschäftsführung kommt es darauf an, ob tatsächlich damit das gesamte Organ beherrscht wird oder sich das Recht nur auf einen von mehreren Sitzen bezieht und damit hinsichtlich der ganzen Gesellschaft von einer Kontrolle nicht gesprochen werden kann.

Die wirtschaftliche Praxis hat eine unübersehbare Fülle von Wegen gefunden, um auf ein anderes Wirtschaftsunternehmen einen Einfluß zu begründen. Um diesen mannigfaltigen Erscheinungen begegnen zu können, hat es die Vorschrift daher auch bewußt nicht auf starre juristische Formen abgestellt, sondern mit der sehr weiten Fassung der Vorschrift diesen Gegebenheiten Rechnung getragen.

Unter die Genehmigungspflicht dieser Nummer fällt daher auch der in § 23 Abs. 2 GWB unter Nr. 4 genannte Betriebsführungsvertrag in seinen verschiedenen Ausgestaltungen, insbesondere als Indienststellungsvertrag und Lohnverarbeitungsvertrag und als Beherrschungsvertrag, wie er nunmehr in § 291 AktG geregelt ist. Das Wesen dieses Vertrages besteht darin, daß ein Unternehmen seinen Betrieb zwar selbst führt, dieses aber nach Weisung und im Interesse des berechtigten Unternehmens tut (2). Beide Voraussetzungen müssen jedoch gegeben sein, da allein die Führung des Betriebes auf Rechnung eines anderen noch keine Kontrolle über das Unternehmen begründet. Ausgenommen werden muß hier jedoch, wie schon gesagt, der Organschaftsvertrag, der im Rahmen von § 23 Abs. 2 GWB mit unter die Nr. 4 fällt.

Schließlich kann hier angesichts der vielfältigen Möglichkeiten, die durch die Nr. 2 erfaßt werden, nur ganz allgemein gesagt werden, daß auch jeder sonstige Vertrag der Genehmigungspflicht unterfällt, auf Grund dessen die Betriebs-

---

(1) ausf. Rasch, Konzernrecht, S. 52 ff, 73, 78 f; Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaft, S. 93; Haussmann, 1. Teil, S. 122; Friedlaender, Konzernrecht, S. 67 f; Kern, a. a. O., S. 64

(2) dazu oben Kap. 2.5.3.

führung eines Unternehmens den Weisungen eines anderen unterstellt wird, so daß dieser andere eine Kontrolle im Sinne des Art 1 DVO über dieses Unternehmen erlangt. Ein Mitspracherecht in nur einzelnen Fragen oder auch nur die gelegentliche Möglichkeit, auf die Geschäftsführung einzuwirken, reicht dagegen niemals aus. Derartige Verträge kommen etwa im Rahmen von Kreditverträgen vor, wenn es dem Kreditgeber, vielleicht angesichts der Größe des Kredits geboten erscheint, sich um die Verwendung und den Einsatz der von ihm gegebenen Gelder zu kümmern. Sie sind aber auch denkbar als Ergänzung zu langfristigen Lieferungsverträgen oder im Rahmen sonstiger langdauernder Geschäftsverbindungen. Sofern Kernstück eines derartigen Vertrages allerdings ein langfristiger Lieferungsvertrag oder Absatzvertrag ist, wäre die Genehmigung nach Art 1 Nr. 5 einzuholen.

4.3.3. Rechte oder Verträge, auf Grund deren eine Person allein oder zusammen mit anderen, die Geschäfte eines Unternehmens führen kann (Art 1 Nr. 2 DVO).

Diese Vorschrift ist zunächst von den in Art 1 Nr. 3 DVO genannten Tatbeständen abzugrenzen. Dort wird eine Kontrolle über ein Unternehmen begründet, dadurch daß die Organe dieses Unternehmens nicht mehr nach eigenem Gutdünken entscheiden können, sondern in irgendeiner Form dem Willen eines anderen unterstellt werden und die Weisungen dieses anderen zu befolgen haben. Die Ausführung dieser Weisungen liegt aber nach wie vor in den Händen der Organe dieses Unternehmens.

Der Unterschied zu den in Art 1 Nr. 1 DVO genannten Tatbeständen ist darin zu sehen, daß dort die den Betrieb oder das Unternehmen führende Person oder Personenmehrheit in eigenem Interesse - "Nutzungsrechte" - handelt, während hier derartige Verträge erfaßt werden, die die Betriebsführung auf eine Person oder Personenmehrheit im eigenen Interesse des Unternehmens übertragen. Dieser Unterschied ergibt sich aus dem Nebeneinander der beiden Nummern.

Genehmigungspflichtig sind also nach dieser Vorschrift einerseits Verträge, die die Betriebsführung auf einen oder mehrere Außenstehende übertragen, wie das insbesondere beim Gestions- oder Verwaltungsvertrag der Fall ist. Nicht hierher gehören aber entgegen Kern (1) die sonstigen Formen des Betriebsüberlassungsvertrages. Diese fallen Als "Nutzungsrechte" im weitesten Sinne unter die Nr. 1. In wessen Namen die Betriebsführung erfolgt, kann jedoch dahingestellt bleiben, entscheidend ist die Begründung einer Kontrolle durch einen derartigen Vertrag. Behält sich daher der Eigentümer des Unternehmens die letzte Entscheidung über den Einsatz seines Unternehmens oder doch zumindest umfangreiche Mitspracherechte vor, so wird eine Kontrolle im Sinne des Art 1 nicht begründet und eine

(1) a.a.O., S. 76

Genehmigung ist nicht erforderlich (1).

Andererseits sind nach dieser Vorschrift auch Verträge oder sonstige Rechte genehmigungspflichtig, die die Geschäftsführung in die Hände einer oder mehrerer Personen innerhalb des Unternehmens legen. Die Begründung einer gemeinsamen Kontrolle über zwei Unternehmen kann hier etwa in der Form erfolgen, daß der Inhaber einer Kontrolle über ein anderes Unternehmen nunmehr die Aufgaben der Geschäftsführung bei einem zweiten Unternehmen übernimmt, sei es als Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder sonstiger leitender Angestellter. Die Übertragung eines Aufsichtsratspostens ist nach dieser Vorschrift allerdings nicht genehmigungspflichtig, da der Aufsichtsrat grundsätzlich keine Aufgaben der Geschäftsführung wahrnimmt, sondern nur den Vorstand wählt. Sofern durch die Besetzung eines Aufsichtspostens mittelbar ein Einfluß auf die Geschäftsführung erlangt wird, weil der Aufsichtsrat die ihm hörigen Personen in den Vorstand entsenden kann, so handelt es sich um einen bereits nach Nr. 2 genehmigungspflichtigen Tatbestand.

Regelmäßig werden derartige Rechte oder Verträge auf der Basis eines größeren Anteilsbesitzes an dem betreffenden Unternehmen begründet, so daß die Voraussetzungen der Nr. 2 und 3 vorliegen. Im Einzelfall ist jedoch zusätzlich zu prüfen, ob durch einen derartigen Vertrag auch tatsächlich eine Kontrolle begründet wird. Bezieht sich das Recht nämlich nur auf einen von mehreren Vorstandssitzen, ohne daß damit der Berechtigte die Beschlüsse des Vorstands allein bestimmen kann (2), so wird regelmäßig eine Kontrolle nicht begründet. Besitzt der Berechtigte dagegen eine solche Autorität (3), oder ist er auf Grund anderer Umstände in dem Organ die entscheidende Persönlichkeit, etwa weil das Unternehmen von dem von ihm kontrollierten Unternehmen abhängig ist, so daß tatsächlich eine Kontrolle begründet wird, so ist die Genehmigung einzuholen. Immer sind aber alle Momente des Einzelfalls zu prüfen.

4.3.4. Verträge mit einem Unternehmen über die Bildung oder Verwendung seines Gewinns (Art 1 Nr. 4 DVO).

Die Gewinnerzielung ist der eigentliche Zweck einer jeden wirtschaftlichen Betätigung. Dieser Gewinn soll nicht nur um seiner selbst willen erzielt werden, sondern wird zu einem großen Teil als Grundlage für die weitere Tätigkeit und zur Erweiterung der Tätigkeit dringend benötigt. Da somit auf dem Wege über den Gewinn auch erheblicher Einfluß auf das gesamte geschäftliche Verhalten eines Unternehmens erlangt werden kann, erfolgen nicht wenige Zusammenschlüsse auf dieser Basis (4). Wegen der erheblichen Auswirkungen derartiger

---

(1) Kern, a.a.O., S. 76 f

(2) das Alleinentscheidungsrecht des Vorstandsvorsitzers (§ 70 Abs. 2 S. 2 AktG 1937) ist allerdings entfallen (§ 77 Abs. 1 AktG 1965)

(3) ebenso Kern, a.a.O., S. 68

(4) ähnlich Kern, a.a.O., S. 79

Verträge auf das weitere Schicksal eines Unternehmens knüpft daher auch das deutsche Aktiengesetz die Wirksamkeit eines Vertrages, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien verpflichtet, an einen anderen Gewinn abzuführen, an die Zustimmung der Hauptversammlung, wobei mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals zustimmen müssen (§§ 291 bis 293 AktG).

Wirtschaftliches Ziel derartiger Verträge ist die Steigerung der Leistungsfähigkeit und damit die Erhöhung des Gewinns der beteiligten Unternehmen. Die oft zusätzlich vereinbarte einheitliche Leitung der zusammengefaßten Unternehmen sorgt je nach Bedarf für technische Rationalisierung der Betriebe, Anpassung der verschiedenen Produktionsprogramme, gemeinsamen Einkauf und ähnliches (1). Die Ergebnisse derartiger Maßnahmen kommen allen Beteiligten in irgendeiner Form zugute. Der Preis ist die Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit.

Der Grad der gegenseitigen Verflechtung bei einem derartigen Vertrag, für den allgemein der Ausdruck Interessengemeinschaftsvertrag (2) gebraucht wird, ist außerordentlich unterschiedlich. Dabei ist jedoch der eigentliche Interessengemeinschaftsvertrag, der in Nr. 4 erfaßt werden soll, von den sonstigen Verträgen abzugrenzen, für die auch die Bezeichnung Interessengemeinschaftsvertrag gebraucht wird. Es handelt sich hierbei um Verträge zwischen zwei oder mehreren Unternehmen, bei denen eine einheitliche Leitung nirgends vorgesehen ist und bei denen auch niemand auf den anderen einen beherrschenden Einfluß ausübt (3). In derartigen "Interessengemeinschaften" werden die Interessen der beteiligten Unternehmen nur hinsichtlich ganz bestimmter Punkte, etwa eines Gemeinschaftsunternehmens oder eines gemeinsamen Objektes, geregelt. Es fehlt diesen Verträgen aber das typische Merkmal eines echten Interessengemeinschaftsvertrages, nämlich die Vergemeinschaftung des Gewinns (4). Mit Recht bezeichnet daher Rasch (5) diese Zusammenschlüsse Teil-Interessengemeinschaften.

Das Wesen der eigentlichen Interessengemeinschaft besteht darin, daß die Gemeinschafter ihre Gewinne zusammenlegen und nach einem vorher genau festgelegten Schlüssel untereinander verteilen. Hierfür wird auch die Bezeichnung Gewinngemeinschaft gebraucht (§ 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG) (6). Hinzukommt

---

(1) Rasch, Konzernrecht, S. 73

(2) Friedlaender, Konzernrecht, S. 114 ff; Rasch, Konzernrecht, S. 73 ff; ausf. Friedlaender, Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung

(3) Rasch, Konzernrecht, S. 73

(4) Friedlaender, Konzernrecht, S. 114

(5) Konzernrecht, S. 73; Kern, a.a.O., S. 100: Zweckgemeinschaften

(6) Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, S. 22 und die Beispiele, S. 124 ff

in aller Regel eine weitgehende Verknüpfung auch der wirtschaftlichen Leitung der beteiligten Unternehmen, wobei diese darin bestehen kann, daß die Gemeinschafter nur allgemeine Richtlinien für die einzelnen Geschäftsleitungen aufstellen, aber auch so weit gehen kann, daß eine gemeinsame Führungsinstanz in der Form eines Gemeinschaftsrates (1) oder sogar einer selbständigen juristischen Person, meist einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (2), eingesetzt wird. Dazwischen gibt es eine Vielzahl von Zwischenstufen in der Ausgestaltung derartiger Verträge, so daß in jedem Einzelfall geprüft werden muß, ob tatsächlich eine gemeinsame Kontrolle, sei es auf der Ebene der Koordination oder der der Subordination, im Sinne von Art 1 DVO begründet wird.

Derartige Verträge werden regelmäßig noch durch Anteilserwerb, Betriebsführungs- und Betriebsüberlassungsverträge, möglicherweise auch durch Austausch von leitenden Persönlichkeiten, verstärkt. Ein derartiger Austausch ist nunmehr allerdings im deutschen Aktienrecht insofern beschränkt, als ein gesetzlicher Vertreter eines abhängigen Unternehmens nicht in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens und ein Vorstandsmitglied (Geschäftsführer) einer Aktiengesellschaft (GmbH) nicht in den Aufsichtsrat einer anderen Aktiengesellschaft eintreten kann, wenn ein Vorstandsmitglied dieser Gesellschaft bereits im Aufsichtsrat seiner eigenen Gesellschaft sitzt (Verbot der sogenannten Überkreuzverflechtung - § 100 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AktG). Soweit daher im Einzelfall auch die Tatbestände der Nummern 1 bis 3 erfüllt sind, so ist doch Nr. 4 als Sondertatbestand für alle die Zusammenschlüsse anzusehen, die auf der Basis einer Zusammenfassung des erwirtschafteten Gewinns aufgebaut sind. Die Genehmigung ist also allein nach Nr. 4 einzuholen (3).

Die weitestgehende Form einer derartigen Zusammenfassung mehrerer Unternehmen stellt die Organschaft dar. Sie führt, auf der Basis einer den gesamten Gewinn und Verlust eines anderen Unternehmens erfassenden Vereinbarung, zu einer finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung eines Unternehmens in ein anderes Unternehmen nach Art einer bloßen Betriebsabteilung dieses Unternehmens (4). Da Kernstück auch eines derartigen Vertrages über die Begründung einer Organschaft die Vergemeinschaftung der Geschäftsergebnisse ist, bedarf auch ein derartiger Vertrag der Genehmigung nach Art 1 Nr. 4 DVO.

---

(1) Friedlaender, Rechtsformen der Konzernbildung in JW 1923, 210 (211); Kern, a.a.O., S. 83

(2) Haussmann, 2. Teil, S. 137 ff, 149 m. Beisp. und dazu auch Haberkorn in NJW 1962, 429; Kern, a.a.O., S. 81 ff

(3) ebenso Kern, a.a.O., S. 82 f

(4) Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, S. 313 f und oben Kap. 2.5.3.5.

4.3.5. Verträge mit einem Unternehmen über die Gesamtheit oder einen erheblichen Teil seines Bedarfs oder Absatzes seiner Erzeugnisse, soweit diese Verträge nach Menge oder Laufzeit das Maß der handelsüblichen Beschaffungs- oder Absatzverträge überschreiten (Art 1 Nr. 5 DVO).

Durch Absatz- oder Lieferungsverträge werden zwischen Unternehmen Beziehungen der verschiedensten Art begründet. Soweit sie im Rahmen des Art 66 § 1 MUV auch als Grundlage für Unternehmenszusammenschlüsse genannt werden, die eine Kontrolle über ein anderes Unternehmen begründen können, darf doch an der Tatsache nicht vorbeigegangen werden, daß jeder Lieferungs- und Absatzvertrag zwischen den Vertragsbeteiligten zu einem gewissen Maß an Abhängigkeit führt (1). Ebenso wie ein Unternehmen seine Tätigkeit einstellen muß, wenn die Vertragspartner der vorgelagerten Wirtschaftsstufe ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkommen und die benötigten Materialien liefern, so hängt der Bestand des Unternehmens auch davon ab, daß ein Unternehmen seine Produktion regelmäßig absetzen kann und für seine Produkte den Gegenwert erhält, der für die Fortsetzung der Produktion benötigt wird. Diese wechselseitige wirtschaftliche Abhängigkeit der Unternehmen voneinander gehört zur spezifischen Struktur eines jeden verkehrswirtschaftlichen Systems (2).

Allein auf Grund dieser bloß wirtschaftlichen Abhängigkeit wird freilich niemand von einem Zusammenschluß im Sinne des Art 66 § 1 MUV sprechen. Es würde auch zu einem mit dem Wesen des Montanunionsvertrages nicht zu vereinbarenden Dirigismus und zu unzumutbaren Eingriffen in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung der Unternehmen führen, wenn alle diese Verträge durch die Hohe Behörde genehmigt werden müßten.

Die Vorschrift trägt dieser Tatsache insofern Rechnung, als sie nur solche Lieferungs- und Absatzverträge der Genehmigungspflicht unterstellt, welche die Gesamtheit oder einen erheblichen Teil des Bedarfs oder Absatzes der Erzeugnisse eines Unternehmens erfassen, und die nach Menge und Laufzeit das Maß des Handelsüblichen überschreiten. Diese Merkmale sind freilich so unbestimmt, daß es in der Praxis nicht einfach sein dürfte, die genehmigungspflichtigen von den genehmigungsfreien Verträgen zu trennen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß auch bei Vorliegen dieser Merkmale eine Genehmigung nur erforderlich ist, soweit durch einen derartigen Vertrag eine Kontrolle über das Unternehmen des Vertragspartners begründet wird. Diese Kontrolle kann auf der Ebene der Koordination begründet werden, indem die Vertragspartner einen derartigen Vertrag zum Anlaß nehmen, ihre Geschäftsführung aufeinander abzustimmen, durch Austausch von leitenden Persönlichkeiten zu vereinheitlichen oder sogar einer ge-

(1) dazu insbes. das Ergebnis der deutschen Konzentrationsenquête in BT-Drucksache IV/2320, S. 21

(2) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 418

meinsamen Führungsinstanz zu unterstellen, sie kann aber auch auf einem Unterordnungsverhältnis beruhen, wenn nämlich der eine Vertragspartner für das Unternehmen des anderen Vertragspartners von einer solchen Bedeutung ist, daß er auf Grund eines Absatz- und Lieferungsvertrages eine umfassende Einflußmöglichkeit auf die Geschäftsführung dieses Unternehmens erlangt.

Merkmal eines Vertrages im Sinne der Nr. 5 ist die Tatsache, daß die Gesamtheit oder doch ein erheblicher Teil des Bedarfs oder Absatzes eines Unternehmens erfaßt wird. Ein derartiger Vertrag muß sich also auf den gesamten Bedarf beziehen, nicht etwa nur auf den gesamten Bedarf hinsichtlich eines Produktes. Ein Vertrag, der etwa den gesamten Bedarf an Walzstahl erfaßt, während das Unternehmen auch noch andere Stahlerzeugnisse wie etwa Edelstahl oder Stahlhalbzeug in erheblichem Umfange benötigt, entspricht diesem Tatbestandsmerkmal nicht. Abgesehen davon, daß ein derartiger Sachverhalt nicht geeignet sein dürfte, eine Kontrolle zu begründen, geht dies auch aus der eindeutigen Fassung der Nr. 5 hervor (1). Wann ein erheblicher Teil des Bedarfs oder Absatzes Gegenstand eines Vertrages ist, kann nicht generell gesagt werden. Es kann jedoch Kern (2) darin zugestimmt werden, daß es sich dabei mindestens um mehr als die Hälfte des Bedarfs oder Absatzes handeln muß, da andererseits die Tatbestandsmerkmale der Nr. 5 in mehreren Verträgen erfüllt sein könnten. Auch spricht die Fassung der Vorschrift für diese Auslegung, da durch das Nebeneinander der Begriffe "Gesamtheit" und "Erheblicher Teil" zum Ausdruck kommt, daß neben Verträgen, die die Gesamtheit erfassen, auch solche noch genehmigungspflichtig sein sollen, die zwar nicht die Gesamtheit aber doch nahezu die Gesamtheit der Erzeugnisse oder des Bedarfs erfassen. Damit soll die Möglichkeit einer Umgehung der Vorschrift dadurch, daß ein geringer Teil des Bedarfs oder Absatzes aus einem Vertrag herausgelassen wird, von vornherein abgeschnitten werden. Im übrigen wird man es davon abhängig machen müssen, inwieweit die Bewegungsfreiheit des betroffenen Unternehmens durch den Vertrag eingeschränkt ist.

Hinzukommen muß, daß ein derartiger Vertrag nach seiner Menge oder Laufzeit das Maß des Handelsüblichen überschreitet. Darin kommt also zum Ausdruck, daß alle Verträge, die sich in dem Rahmen üblicher Geschäftsbeziehungen halten, einer Genehmigung nicht bedürfen. Die Geschäftsüblichkeit kann jedoch für die einzelnen Produkte durchaus verschieden sein. Während es bei dem einen Produkt die Regel ist, daß Verträge über die gesamte Produktion abgeschlossen werden, kann es bei einem anderen Produkt völlig aus dem Rahmen fallen, daß dieses nur über einen Vertragspartner abgewickelt wird. Da es jedoch entscheidend darauf ankommt, ob durch einen derartigen Vertrag eine

---

(1) a.A. offenbar Kern, a.a.O., S. 87

(2) a.a.O., S. 87

Kontrolle begründet wird, wird man es darauf abstellen müssen, ob die durch den Vertrag erfaßte Menge des Bedarfs oder Absatzes und die Laufzeit oder die Laufzeit des Vertrages so erheblich sind, daß ein wirtschaftlicher Zusammenschluß zwischen den Beteiligten bewirkt wird. Das ist dann der Fall, wenn die Verbindung auf eine gewisse Dauer angelegt ist und wenn die gegenseitigen Beziehungen über das hinausgehen, was im Rahmen eines üblichen Austauschvertrages die Regel ist. Bezeichnend wird es im übrigen auch sein, wenn die wechselseitige oder einseitige wirtschaftliche Abhängigkeit von einer solchen Dauer ist, daß eine einseitige Lösung faktisch nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Opfern möglich ist (1).

Mit Recht weist Kern (2) aber darauf hin, daß der Lieferungs- und Absatzvertrag als Mittel konzernrechtlicher Verflechtung von keiner großen Bedeutung ist. Allenfalls kommt er als Ergänzung zu anderen Mitteln vor, insbesondere im Rahmen der in den Nummern 1 bis 4 genannten Zusammenschlußformen. Häufig ist insbesondere auch die Lieferungsgemeinschaft, die über das reine Verhältnis zwischen Lieferant und Abnehmer noch durch effekten-kapitalistische Beteiligung verbunden wird (3).

5. Das Verhältnis des § 23 GWB zu Art 66 MUV.

Die Frage des Verhältnisses zwischen dem Montanvertrag und den nationalen Rechtsordnungen und damit im Zusammenhang die Frage des Rechtscharakters des Montanunionsvertrages hat in der Literatur eine sehr umfangreiche Erörterung gefunden (4). Bisher läßt sich aber noch nicht feststellen, daß sich eine herrschende Meinung herausgebildet hat. Hier jedoch braucht auf die zahlreichen Meinungen nicht näher eingegangen zu werden, da der Vorrang des Montanunionsvertrages vor dem deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

---

(1) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 418

(2) a.a.O., S. 88

(3) Rosendorff, a.a.O., S. 30

(4) ausf. dazu v. Simson im Gemeinschaftskommentar, § 101 Nr. 3, Tz 1 ff; Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht, S. 77 ff, beide m. umfangr. Nachw.; Steindorff, Das Wettbewerbsrecht der Euroäischen Gemeinschaften und das nationale Kartellrecht in Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 157 ff; Münch, Die Abgrenzung des Rechtsbereichs der supranationalen Gemeinschaft gegenüber dem innerstaatlichen Recht; Rabe, Berichte aus der wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht in NJW 1964, 1608 ff u. die Referate von Ipsen u. Bülow in Aktuelle Fragen des euroäischen Gemeinschaftsrechts, Gemeinschaftsrecht u. nationales Recht, insbes. S. 21 ff u. S. 44 ff

durch den deutschen Gesetzgeber ausdrücklich geregelt worden ist. Denn § 101 Nr. 3 GWB bestimmt, daß das Gesetz keine Anwendung findet "soweit der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 besondere Vorschriften enthält".

Aus dieser Vorschrift folgt jedoch nur, daß die Bestimmungen des Montanunionsvertrages vorgehen, soweit sie inhaltlich mit denen des GWB übereinstimmen oder von diesen abweichen. Nicht beantwortet ist damit die Frage, ob daneben noch solche Vorschriften des GWB zur Anwendung kommen können, die Bereiche regeln, die im Montanunionsvertrag nicht ausdrücklich genannt sind und über die der Vertrag schweigt.

Als Beispiel kann hier genannt werden der Zusammenschluß auf Grund einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses. Auch der Zusammenschluß als Folge eines staatlichen Aktes (Sozialisierung oder Enteignung) unterliegt keiner Genehmigungspflicht nach Art 66 MUV, würde aber gleichwohl den Tatbestand des § 23 GWB erfüllen (1). Zusammenschlüsse, bei denen der Erwerber mindestens 25 % der Anteile einer Gesellschaft erwirbt, sind zwar nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB meldepflichtig, begründen aber keine Genehmigungspflicht, sofern der Erwerber eine Kontrolle nicht erlangt. Ebenso sind Zusammenschlüsse, die sich innerhalb bestehender Zusammenschlüsse vollziehen, zwar nach § 23 GWB meldepflichtig, nicht aber nach Art 66 MUV genehmigungspflichtig, da für den Zusammenschluß im Sinne des Art 66 MUV die Begründung einer Kontrolle begriffsnotwendig ist. Und schließlich werden durch die Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 25/54 (2) eine Reihe von Zusammenschlüssen, an denen Unternehmen mit einer nur geringen Produktion beteiligt sind, von der Genehmigung freigestellt, die den Tatbestand des § 23 GWB erfüllten könnten.

In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, ob, da Art 66 MUV nicht gegeben ist, § 23 GWB zur Anwendung kommen kann. Der Wortlaut des § 101 Nr. 3 GWB ergibt dafür keinen brauchbaren Anhaltspunkt, da der Vorschrift nicht zu entnehmen ist, was unter "besondere Vorschriften" zu verstehen ist (3). Es ist daher zu prüfen, welchen Bereich der Art 66 MUV regeln soll, da erst dann gesagt werden kann, ob § 23 GWB daneben noch zur Anwendung kommen kann. Dabei ist zu beachten, daß das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in Art 66 MUV noch nicht besagt, daß damit die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers gegeben ist, da es sehr wohl möglich ist, daß derartige Tatbestände bewußt von der Genehmigungspflicht freigestellt werden sollten. Das läßt sich aber nur durch Auslegung des Art 66 MUV ermitteln.

---

(1) oben Kap. 2.3.1. und 4.2.3.

(2) Einzelheiten s. im Anhang

(3) so auch Deringer, Unterliegen Exportkartelle der Montanindustrie den Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 2 und 12 GWB? in WuW 1963, 1003 (1004); Deringer-Nicolaysen-Rabe, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Berichte aus der wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht in NJW 1965, 477

Durch den Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl haben die Mitgliedstaaten im Bereich der Kohle- und Stahlwirtschaft auf ihre eigene Zuständigkeit verzichtet und diese der Gemeinschaft übertragen (1). Sie haben damit unmittelbar in dem Gebiet der Gemeinschaft geltendes Staats-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht geschaffen, das an die Stelle der bisher bestehenden innerstaatlichen Rechtsnormen getreten ist (2). Soweit also auf dem Gebiet der Gemeinschaft der Montanunionsvertrag eine erschöpfende Regelung enthält, bleibt für die Anwendung des innerstaatlichen Rechts kein Raum mehr, sofern die innerstaatlichen Vorschriften gleichen Zwecken dienen (3).

Dabei ist insbesondere der Unterschied zu dem Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) zu beachten, dessen Art 85 Abs. 1 wettbewerbsbeschränkende Absprachen innerhalb des Gemeinsamen Marktes - eine dem Art 66 MUV vergleichbare Vorschrift fehlt dort - nur soweit erfaßt, als sie geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Hier kann also das nationale Kartellrecht neben das des EWG-Vertrages treten, soweit es bei den einzelnen Tatbeständen nicht um die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geht (4). Der Montanunionsvertrag dagegen erfaßt den Bereich der Montanindustrie insgesamt, gleich ob innerstaatliche oder zwischenstaatliche Auswirkungen auf den Wettbewerb in Betracht kommen.

Der Zweck des § 23 GWB und der des Art 66 MUV ist es nun, den Wettbewerb vor Gefahren zu schützen, die diesem durch Unternehmenszusammenschlüs-

---

(1) Pella, Die Gemeinschaft für Kohle und Stahl als Musterbeispiel einer Integration, in Europäische Integration, S. 126; Sannwald/Stohler, Wirtschaftliche Integration, S. 89 ff; Ophüls, Juristische Grundgedanken des Schuman-Plans in NJW 1951, 289 (291); ders., Das Wirtschaftsrecht des Schuman-Plans in NJW 1951, 381 (382); Kronstein, Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages in Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 115; Lietzmann, Wettbewerbsregeln des Montanvertrages und nationales Kartellrecht in WuW 1957, 642 ff; Deringer in WuW 1963, 1003 (1009)

(2) Schlochauer, Der übernationale Charakter der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl in JZ 1951, 289 (290); ausf. von Simson im Gemeinschaftskommentar, § 101 Nr. 2 Tz 1 ff; Lang, Die Preisordnung in der Montangemeinschaft im Vergleich mit amerikanischen Antitrustrecht, S. 77 ff (81)

(3) von Simson, a.a.O., Tz 44; Matthies, Das Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten in JZ 1954, 305 (306); Krawielicki, a.a.O., S. 46 ff, 66; Deringer in WuW 1963, 1006 ff; Deringer-Nicolaysen-Rabe in NJW 1965. 477

(4) Deringer in WuW 1963, 1006; ausf. Schwartz, S. 5 ff; Steindorff, Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft und das nationale Kartellrecht, S. 161

se drohen. Dieses Ziel versuchen die beiden Vorschriften auf sehr unterschiedlichen Wegen zu verwirklichen, da der Hohen Behörde mit dem Art 66 MUV ein sehr wirksames Mittel in die Hand gegeben worden ist, auf die Marktstruktur aktiv und gestaltend einzuwirken, während die deutsche Kartellbehörde nur eine passive und registrierende Tätigkeit ausübt. Das liegt daran, daß der deutsche Gesetzgeber sich über die Gefahren, die dem Wettbewerb durch übermäßige Konzentration drohen, insbesondere aber auch über die Vorteile, die mit einer Konzentration der Wirtschaft für die gesamte Volkswirtschaft verbunden sind, bisher noch nicht klar geworden ist. Eine solche Klarheit will er erst mit Hilfe der Meldepflicht gewinnen.

Anknüpfend an § 101 Nr.3 GWB - "soweit der MUV besondere Vorschriften enthält" - muß jedoch für den Bereich des Montanvertrages gesagt werden, daß dieser Vertrag auf dem Gebiet der Unternehmenszusammenschlüsse, an denen Montanunternehmen beteiligt sind, eine erschöpfende Regelung getroffen hat, so daß daneben für eine Anwendung des § 23 GWB kein Raum mehr bleibt (1). Die Vorschrift enthält auch nicht etwa nur Rahmenvorschriften oder allgemeine Richtlinien, die der Ergänzung durch innerstaatliche Vorschriften bedürfen. In Art 66 MUV wird vielmehr bis in die letzten Einzelheiten genau geregelt, welche Arten von Zusammenschlüssen der Genehmigung bedürfen, welche Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung gegeben sein müssen und welche Folgen die Nichtbeachtung dieser Vorschrift nach sich zieht. In Verbindung mit den auf Grund des Art 66 MUV ergangenen Verordnungen ergibt sich ein lückenloses System von Vorschriften, die der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmenszusammenschlüsse dienen (2).

Sofern Unternehmenszusammenschlüsse, die nicht auf einem Vorgehen beruhen, von der Genehmigungspflicht nicht erfaßt werden, so kann darin doch keine Lücke gesehen werden, in die das innerstaatliche Recht einspringen muß oder darf. Es ist vielmehr angesichts der im übrigen sehr umfassenden und sorgfältigen Regelung davon auszugehen, daß derartige Zusammenschlüsse bewußt nicht der Genehmigung unterstellt werden sollten, da sie ihrer Natur nach einer vorherigen Genehmigung nicht unterstellt werden können (3). Diese Zusammen-

---

(1) ebenso von Simson, a.a.O., Tz 48; Krawielicki, a.a.O., S.46; Günther, Die Problematik einer völkerrechtlichen Regelung internationaler Wettbewerbsbeschränkungen in Kartelle und Monopole, Bd. II, S. 551 (570); Hug, Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen des Montanvertrages und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft auf in Nichtmitgliedstaaten veranlaßte Beschränkungen des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt in Kartelle und Monopole, Bd. II, S. 603 (608); Ophüls, Das Wirtschaftsrecht des Schuman-Plans in NJW 1951, 381 (382); ders., Schuman-Plan, Ruhrabkommen und Besatzungsrecht in NJW 1952, 161 (163); Deringer-Nicolaysen-Rabe in NJW 1965, 478

(2) ausf. dazu auch Schmidt, Diss., S. 86 ff; Haberkorn, Diss. S. 30 ff

(3) Kern, a.a.O., S. 149

schlüsse unterstehen auch der Aufsicht nach Art 66 § 7 MUV, so daß auch aus diesem Grund ein Eingreifen des nationalen Rechts nicht in Betracht kommt (1).

Konzentrationen, die sich innerhalb eines bereits bestehenden Zusammenschlusses vollziehen, sind deshalb nicht genehmigungspflicht, weil der Zweck der Genehmigung erreicht ist, sobald die Begründung einer Kontrolle genehmigt ist und daher eine Verstärkung einer Kontrolle im Sinne des Art 66 MUV nicht mehr genehmigungsbedürftig ist.

Eine Ausnahme von dem hier gefundenen Grundsatz, daß § 23 GWB neben Art 66 MUV nicht anwendbar ist, muß jedoch bezüglich der Zusammenschlüsse gemacht werden, die durch die Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 25/54 (2) von dem Erfordernis vorheriger Genehmigung freigestellt worden sind. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Grundsätzlich ist jeder Zusammenschluß genehmigungspflichtig, an dem mindestens ein Montanunternehmen beteiligt ist. Die Genehmigung muß erteilt werden, wenn die Hohe Behörde feststellt, daß der Zusammenschluß den Beteiligten nicht die Möglichkeit gibt, "hinsichtlich der ihrer Zuständigkeit unterstehenden Erzeugnisse" bestimmte Stellungen im Wettbewerb zu erreichen (Art 66 § 2 MUV). Da die Mehrzahl der Zusammenschlüsse, an denen nur ein Montanunternehmen beteiligt ist, sich auf die Wettbewerbssituation bei Kohle und Stahl nicht auswirken, sind sie von dem Erfordernis vorheriger Genehmigung freigestellt worden. Daraus ergibt sich also, daß in Art 66 MUV nur solche Zusammenschlüsse erfaßt werden sollen, die sich auf den Wettbewerb für Kohle und Stahl auswirken. Auch nur insoweit ist § 23 GWB durch Art 66 MUV ausgeschlossen worden. Zusammenschlüsse eines - oder auch mehrerer - Montanunternehmen mit montanfremden Unternehmen, die sich nicht auf den Wettbewerb für Kohle und Stahl, aber auf den Wettbewerb in ganz anderen Gebieten auswirken, sind daher nach wie vor nach § 23 GWB anzuzeigen, sofern die weiteren in § 23 GWB normierten Voraussetzungen gegeben sind (3). Insofern verfolgen die beiden Vorschriften verschiedene Ziele und sind daher auch nebeneinander anzuwenden.

---

(1) so auch von Simson im Gemeinschaftskommentar, § 101 Nr.3 Tz 50

(2) s. im Anhang

(3) so auch Deringer-Nicolaysen-Rabe in NJW 1965, 478 f; ähnlich auch Krawielicki, a.a.O., S. 46 ff; 66; von Simson, a.a.O., Tz 44; für das Verhältnis von Art 85 EWG-Vertrag zu § 1 GWB ebenso Deringer in WuW 1963, 1006 u. Schwartz, a.a.O., S. 7 ff

Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 24/54
betreffend eine Verordnung über die Tatbestandsmerkmale der Kontrolle eines Unternehmens auf Grund des Artikels 66 § 1 des Vertrages vom 6.5.1954 (1).

Auf Grund des Artikels 66 des Vertrages, in der Erwägung, daß die Hohe Behörde gemäß Artikel 66 § 1 in einer Verordnung die Tatbestandsmerkmale der Kontrolle eines Unternehmens zu bestimmen hat, in der Erwägung, daß die Kontrolle sowohl dem Inhaber eines Rechtes zustehen kann als auch demjenigen, der befugt ist, ein Recht in voller Unabhängigkeit auszuüben, erläßt die Hohe Behörde nach Anhörung des Rates folgende

Entscheidung:

Art 1

Die Tatbestandsmerkmale, die die Kontrolle eines Unternehmens begründen, sind folgende Rechte oder Verträge, wenn sie einzeln oder zusammen, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die Möglichkeit gewähren, die Tätigkeit eines Unternehmens auf dem Gebiet der Erzeugung, der Preise, der Investierungen, der Versorgung, des Absatzes oder der Verwendung des Gewinns zu bestimmen :

1. Eigentum oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens eines Unternehmens;
2. Rechte oder Verträge, die Einfluß auf die Bestellung, die Entscheidungen oder Beschlüsse der Organe eines Unternehmens gewähren;
3. Rechte oder Verträge, auf Grund deren eine Person, allein oder zusammen mit anderen, die Geschäfte eines Unternehmens führen kann;
4. Verträge mit anderen Unternehmen über die Bildung oder Verwendung seines Gewinns;
5. Verträge mit einem Unternehmen über die Gesamtheit oder einen erheblichen Teil seines Bedarfs oder Absatzes seiner Erzeugnisse, soweit diese Verträge nach Menge oder Laufzeit das Maß der handelsüblichen Beschaffungs- oder Absatzverträge überschreiten.

(1) veröffentlicht im Amtsblatt der EGKS 1954, 345 f; abgedr. auch bei Groeben-Boeckh, Handbuch für Europäische Wirtschaft, IV A 23 - Montan-Union - S. 1 f

Art 2

Die Kontrolle im Sinne des Art 1 wird nicht begründet, wenn Banken oder Finanzierungsunternehmen bei der Gründung oder der Kapitalerhöhung eines Unternehmens Anteilsrechte an diesem zum Zecke der Veräußerung auf dem Markt erwerben, sofern sie die sich aus diesen Anteilsrechten ergebenden Stimmrechte nicht ausüben.

Art 3

Die in Art 1 aufgeführten Tatbestandsmerkmale begründen die Kontrolle eines Unternehmens für diejenigen Personen, Unternehmen oder Gruppen von Personen oder Unternehmen,

1. die aus diesen Rechten oder Verträgen selbst berechtigt sind,
2. die, obwohl sie aus diesen Rechten oder Verträgen nicht selbst berechtigt sind, die Befugnis haben, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben,
3. die als Treuhänder Eigentümer von Vermögensgegenständen eines Unternehmens oder von Anteilsrechten an einem Unternehmen sind und befugt sind, die sich daraus ergebenden Rechte auszuüben.

Beruht die Befugnis, Rechte anderer auszuüben, auf Rechtsgeschaft, so gilt Abs. 1 Nr. 2 und 3 nicht, wenn der Ermächtigte nachweist,

1. daß die Befugnis jederzeit widerruflich ist,
2. und daß er an bestimmte Weisungen seines Machtgebers gebunden ist,
3. und daß er befugt ist, der Hohen Behörde auf deren Wunsch Namen und Anschrift seines Machtgebers mitzuteilen.

Art 4

Diese Entscheidung tritt innerhalb der Gemeinschaft am 1. Juni 1954 in Kraft.

Die vorstehende Entscheidung wurde von der Hohen Behörde in der Sitzung vom 6. Mai 1954 beraten und beschlossen.

Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 25/54
betreffend eine Verordnung über die Befreiung vom Erfordernis vorheriger Genehmigung auf Grund des Artikels 66 § 3 des Vertrages.

Vom 6 Mai 1954 (1)
(in der Fassung der Entscheidung Nr. 28/54 vom 26. Mai 1954) (2)

(1) veröffentlicht im Amtsblatt der EGKS 1954, 346 f; abgedr. bei Groeben-Boeckh, a.a.O., IV A 23 - Montan-Union - S. 3 ff
(2) veröffentlicht im Amtsblatt der EGKS 1954, 381

Auf Grund des Artikels 66 und 80 des Vertrages, in der Erwägung, daß nach Artikel 66 § 1, vorbehaltlich der Bestimmungen des § 3, jedes Vorgehen der vorherigen Genehmigung der Hohen Behörde unterliegt, das unmittelbar oder mittelbar zu Zusammenschlüssen von Unternehmen führt, von denen mindestens eines unter Artikel 80 fällt,
in der Erwägung, daß die Hohe Behörde nach Artikel 66 § 2 die in § 1 erwähnte Genehmigung erteilt, wenn sie feststellt, daß das beabsichtigte Vorgehen den beteiligten Personen oder Unternehmen nicht die Möglichkeit gibt, denn Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt im Sinne des Artikels 66 § 2 zu beeinflussen,
in der Erwägung, daß gewisse Arten des Vorgehens wegen der Bedeutung der hiervon betroffenen Vermögenswerte oder Unternehmen, wegen der Natur des bewirkten Zusammenschlusses sowie unter Berücksichtigung aller unter derselben Kontrolle befindlichen Unternehmen, die in Artikel 66 § 2 verlangten Bedingungen erfüllen,
in der Erwägung, daß bei Zusammenschlüssen lediglich von Unternehmen, die eine Produktionstätigkeit auf dem Gebiete von Kohle und Stahl ausüben, die Bedeutung der Vermögenswerte oder der Unternehmen durch das entsprechende Produktionsvolumen bestimmt wird,
in der Erwägung, daß bei Zusammenschlüssen zwischen Unternehmen der Gemeinschaft und Unternehmen anderer Wirtschaftszweige die bevorzugte Stellung zu berücksichtigen ist, welche sie den Unternehmen der Gemeinschaft hinsichtlich der Sicherung ihres Absatzes gewähren können,
in der Erwägung, daß die Bestimmungen des Artikels 66 in den sich aus Artikel 80 ergebenden Grenzen sich auch auf die Handelsunternehmen für Kohle und Stahl erstrecken, deren Bedeutung sich aus den von ihnen getätigten Umsätzen ergibt,
erläßt die Hohe Behörde mit Zustimmung des Rates folgende

E n t s c h e i d u n g :

Art 1

Von dem Erfordernis vorherigen Genehmigung ist jedes in Art 66 § 1 genannte Vorgehen befreit, soweit der sich daraus ergebende Zusammenschluß Unternehmen betrifft, die eine Produktionstätigkeit auf dem Gebiete von Kohle und Stahl ausüben, und sofern folgende Voraussetzungen erfollt sind :

1. das jährliche Gesamtvolumen der Produktion aller durch den Zusammenschluß betroffenen Unternehmen an Kohle und Stahl übersteigt nicht sieben Millionen Einheiten im Sinne des Art 2.
2. Die Jahresproduktion aller der den Zusammenschluß betreffenden Unternehmen an den folgenden Gruppen von Erzeugnissen übersteigt nicht fol-

gende Menge

a)	Koks	1 200 000 t
b)	Steinkohlenbriketts	350 000 t
c)	Eisenerz (Rohförderung)	4 000 000 t
d)	Roheisen	1 200 000 t
e)	Blöcke und Stahlhalbzeug	1 200 000 t
f)	Walzwerkserzeugnisse (hiervon jedoch nur 500 000 t Flacheisen)	900 000 t
g)	Edelstahl (hiervon jedoch nur 40 000 t solcher Edelstähle, die nicht Baustähle sind).	100 000 t

3. jede Sorte von Stahlerzeugnissen, die die durch den Zusammenschluß betroffenen Unternehmen herstellen. gehört auch nach Durchführung des Zusammenschlusses noch zum Fertigungsprogramm von mindestens neun anderen Unternehmen der Gemeinschaft, wie es sich aus den veröffentlichten Preislisten der Unternehmen ergibt, und die Menge ihrer Erzeugung übersteigt nicht 30 v.H. der in der Gemeinschaft erzeugten Gesamtmenge dieser Sorte.

Art 2

Das jährliche Gesamtvolumen der Produktion im Sinne des Artikels 1 Nr. 1 ergibt sich aus der Summe der mit den entsprechenden Koeffizienten zu multiplizierenden Mengen folgender Gruppen von Erzeugnissen, die in den entsprechenden Produktionsstadien anfallen :

Steinkohle (gesiebte und gewaschene Nettoförderung)	1
Steinkohlenbriketts	0,3
Koks	0,2
Braunkohle	0,3
Eisenerz (Rohförderung)	0,3
Roheisen	1,5
Blöcke oder Stahlhalbzeug (Thomasstahl)	1
Blöcke oder Stahlhalbzeug (außer Thomasstahl)	2,5
Flacheisen	2
andere Walzwerkerzeugnisse	1

Art 3

Von dem Erfordernis vorheriger Genehmigung ist jedes in Art 66 § 1 genannte Vorgehen befreit, soweit der daraus sich ergebende Zusammenschluß betrifft :

a) einerseits ein oder mehrere Unternehmen, die eine Produktionstätigkeit

auf dem Gebiet von Kohle ausüben,

b) andererseits ein oder mehrere Unternehmen, deren Tätigkeit sich nicht erstreckt auf
   - Erzeugung von Kohle oder Stahl
   - Bank-, Kredit- oder Finanzierungsgeschäfte
   - Vertrieb von Kohle mit Ausnahme des Verkaufs an Haushaltungen oder Kleingewerbetreibende
   - Binnenschiffahrt oder Binnenhafenbetriebe,

sonfern folgende Voraussetzungen erfüllt sind :

Der jährliche Gesamtverbrauch aller von dem Zusammenschluß betroffenen Unternehmen an Kohle oder an einer entsprechenden Menge von Gas, nach Abzug der für die Produktion auf dem Gebiete von Kohle oder Gas verbrauchten Mengen, übersteigt nicht insgesamt 250 000 Tonnen Kohle; dabei entspricht eine Tonne Kohle einer Gesamtmenge mit einem Heizwert von 6 000 000 Wärmeeinheiten. In die Berechnung dieses Gesamtverbrauchs sind nur solche Unternehmen einzubeziehen, die jedes für sich jährlich mehr als 15 000 Tonnen Kohle oder eine entsprechende Menge von Gas verbrauchen.

Art 4

Von dem Erfordernis vorheriger Genehmigung ist jedes in Art 66 § 1 genannte Vorgehen befreit, soweit der daraus sich ergebende Zusammenschluß betrifft :

a) einerseits ein oder mehrere Unternehmen, die eine Produktionstätigkeit auf dem Gebiete von Stahl ausüben,

b) andererseits ein oder mehrere Unternehmen, deren Tätigkeit sich nicht erstreckt auf
   a) die Erzeugung von Kohle oder Stahl
   b) Bank-, Kredit- oder Finanzierungsgeschäfte
   c) Vertrieb von Stahl mit Ausnahme des Verkaufs an Kleingewerbebetreibende

sofern eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist :

- entweder übersteigt die jährliche Erzeugung der zu a) bezeichneten Unternehmen nicht 10 v.H. der in Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe d) bis g) für die einzelnen Gruppen von Erzeugnissen bezeichneten Mengen;
- oder der jährliche Stahlverbrauch aller von dem Zusammenschluß betroffenen Unternehmen, nach Abzug der für die Erzeugung von Stahl verbrauchten Mengen, übersteigt nicht
  - bei jedem einzelnen dieser Unternehmen :
    20 000 Tonnen in jeder der in Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe d) bis g) bezeichneten Gruppen von Erzeugnissen
  - und bei der Gesamtheit dieser Unternehmen :
    100 000 Tonnen in jeder der in Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe d) bis g) bezeich-

neten Gruppen von Erzeugnissen sowie 40 v.H. der Produktion jedes der zu a) bezeichneten Unternehmen in jeder Gruppe von Erzeugnissen, für die in der Preisliste dieses Unternehmens ein Grundpreis aufgeführt ist.

Art 5

1) Von dem Erfordernis vorheriger Genehmigung ist jedes der in Artikel 66 § 1 genannten Vorgehen befreit, soweit der sich daraus ergebende Zusammenschluß Unternehmen betrifft, die auf dem Gebiete von Kohle eine Vertriebstätigkeit ausüben, und sofern die Summe der auf diesem Gebiet erzielten Umsätze 10 Millionen EZU-Einheiten nicht übersteigt. Für die Berechnung der Umsätze sind die Frakturenwerte der von dem Unternehmen verkauften Erzeugnisse maßgeblich, einschließlich derjenigen, die die Unternehmen als Kommissionär eines Dritten verkaufen.

2) Eine in Absatz 1 vorgesehene Befreiung gilt nicht, falls der Zusammenschluß gleichzeitig Unternehmen betrifft, deren Tätigkeit sich erstreckt auf

- Erzeugung von Kohle
- Bank-, Kredit- oder Finanzierungsgeschäfte
- Binnenschiffahrt oder Binnenhafenbetriebe
- ein sonstiges Gebiet, sofern der jährliche Gesamtverbrauch aller dieser Unternehmen an Kohle oder an einer entsprechenden Menge von Gas insgesamt 75 000 Tonnen Kohle übersteigt; dabei entspricht eine Tonne Kohle einer Gasmenge mit einem Heizwert von 6 000 000 Wärmeeinheiten.

Art 6

1) Von dem Erfordernis vorheriger Genehmigung ist jedes der in Artikel 66 § 1 genannten Vorgehen befreit, soweit der sich daraus ergebende Zusammenschluß Unternehmen betrifft, die auf dem Gebiete von Stahl eine Vertriebstätigkeit mit Ausnahme des Verkaufs an Kleingewerbetreibende ausüben, und sofern die Summe der auf diesem Gebiet erzielten Umsätze 10 Millionen EZU-Einheiten nicht übersteigt. Für die Berechnung der Umsätze sind die Frakturenwerte der von dem Unternehmen verkauften Erzeugnisse maßgeblich, einschließlich derjenigen, die die Unternehmen als Kommissionär eines Dritten verkaufen.

2) Die in Absatz 1 vorgesehene Befreiung gilt nicht, falls der Zusammenschluß gleichzeitig Unternehmen betrifft, deren Tätigkeit sich erstreckt auf

- Erzeugung von Stahl
- Bank-, Kredit- oder Finanzierungsgeschäfte
- ein sonstiges Gebiet, sofern der jährliche Stahlverbrauch jedes dieser Unternehmen 15 000 Tonnen in jeder der in Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe d) bis g) verzeichneten Gruppen von Erzeugnissen übersteigt.

Art 7

1) Die nach Artikel 1 bis 6 berücksichtigten Zahlenwerte sind die Jahresdurchschnittswerte der in den letzten drei Geschäftsjahren vor dem Zusammenschluß maßgeblichen Zahlen für Produktion, Verbrauch und Umsatz.

2) Bestehen Unternehmen weniger als drei Jahre, so sind die Jahresdurchschnittswerte der seit ihrer Gründung maßgeblichen Zahlen für Produktion, Verbrauch und Umsatz maßgeblich.

Art 8

Bei Anwendung der Artikel 1 bis 7 sind alle Unternehmen und Tätigkeiten zu berücksichtigen, die bereits unter einheitlicher Kontrolle stehen oder die durch den Zusammenschluß unter einheitliche Kontrolle gelangen würden.

Art 9

Eine Befreiung von dem Erfordernis vorheriger Genehmigung berührt nicht eine Verpflichtung zur Auskunft gemäß Artikel 47 und gemäß den Entscheidungen, die die Hohe Behörde auf Grund des Artikel 66 § 4 erläßt.

Art 10

Die Verordnung tritt innerhalb der Gemeinschaft am 1. Juni 1954 in Kraft.

Die vorstehende Entscheidung wurde von der Hohen Behörde in der Sitzung vom 6. Mai 1954 beraten und beschlossen.

Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 26/54
betreffend eine Verordnung über die Auskunftspflicht auf Grund des Artikels 66 § 4 des Vertrages.

Vom 6. Mai 1954. (1)

Auf Grund des Artikels 66 des Vertrages,
in der Erwägung, daß Vorgehen zu Zusammenschlüssen, welche unmittelbar oder mittelbar Unternehmen der Gemeinschaft betreffen, von natürlichen oder juristischen Personen durchgeführt werden können, die nicht unter die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen,

(1) veröffentlicht im Amtsblatt der EGKS 1954, 350 ff u. abgedr. bei Groeben-Boeckh, a.a.O., IV A 23, S. 8 ff

in der Erwägung, daß es für die Anwendung des Artikels 66 erforderlich ist, die notwendigen Auskünfte von den an diesen Vorgängen Beteiligten zu erlangen
in der Erwägung, daß allgemeine Auskünfte nur für Vorgehen verlangt werden können, welche sowohl ihrem absoluten Wert nach als auch im Verhältnis zu den hiervon betroffenen Unternehmen von Bedeutung sind,
in der Erwägung jedoch, daß die Anwendung des Artikels 66 die Möglichkeit voraussetzt, in anderen Fällen Auskünfte zu verlangen, wenn hierfür der Rahmen durch eine Entscheidung allgemeinen Charakters festgelegt wird, erläßt die Hohe Behörde nach Anhörung des Rates folgende

E n t s c h e i d u n g :

Erster Abschnitt.

Verpflichtung zur Anzeige.

Art 1

Alle natürlichen und juristischen Personen mit Ausnahme derjenigen, die innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiete von Kohle oder Stahl eine Produktionstätigkeit oder eine andere Vertriebstätigkeit als den Verkauf an Haushaltungen oder an Kleingewerbetreibende ausüben, sind - falls sie die in den nachstehenden Artikeln bezeichneten Vorgehen tätigen - zur Auskunft nach Maßgabe dieser Verordnung verpflichtet.

Art 2

Die in Artikel 1 genannten Personen haben der Hohen Behörde den Erwerb von Rechten an einem Unternehmen im Sinne des Artikels 80 und den Erwerb der Befugnis, Rechte anderer an einem solchen Unternehmen im eigenen oder fremden Namen auszuüben, anzuzeigen, sofern sie dadurch die Möglichkeit erhalten, bei Beschlußfassungen der Aktionäre oder sonstigen Gesellschafter dieses Unternehmens mehr als 10 von Hundert aller Stimmrechte auszuüben und sofern der gemeine Wert aller dieser Rechte 100 000 EZU-Einheiten überschreitet. Dabei sind Rechte und die Befugnisse zur Ausübung der Rechte anderer, die diesen Personen bereits vor dem Erwerb zustanden, anzurechnen.

Art 3

Artikel 1 gilt entsprechend, sofern sich der Erwerb auf Rechte an einem Unternehmen bezieht, das über ein Unternehmen im Sinne des Artikels 80 des Vertrages die Kontrolle ausübt.

Art 4

1) Eine Anzeige hinsichtlich der in Artikel 2 und 3 bezeichneten Vorgänge besteht nicht für Banken oder ihre Beauftragten, soweit die Befugnis zur Ausübung des Stimmrechts sich bezieht :

- auf Aktien, die den Kunden der Banken oder den Kunden anderer Banken gehören, oder
- auf Namensaktien, deren Rechte die Bank als Treuhänder für ihre Kunden geltend macht.

2) Absatz 1 läßt unberührt :

- eine Verpflichtung der Banken, über diese Vorgänge gemäß Artikel 7 Auskunft zu erteilen;
- eine Verpflichtung der Kunden, diese Vorgänge gemäß Artikel 2 und 3 anzuzeigen und darüber gemäß Artikel 7 Auskunft zu erteilen.

Art 5

Die Hohe Behörde kann auf Grund einer besonderen Genehmigung und unter gewissen Bedingungen von der Anzeigepflicht der in den Artikeln 2 und 3 genannten Geschäfte amtlich zugelassene Börsenmakler befreien, sofern diese von dem Stimmrecht der in ihrem Besitz befindlichen Anteilen keinen Gebrauch machen.

Art 6

Die Anzeige gemäß Artikeln 2 und 3 ist innerhalb einer Frist von vier Wochen zu erstatten, nachdem der Anzeigepflichtige von dem anzuzeigenden Vorgang Kenntnis erhalten hat.

Zweiter Abschnitt.

Besondere Aufforderung zur Auskunft.

Art 7

1) Die Hohe Behörde kann durch besondere Aufforderung die in Artikel 1 genannten Personen um alle zur Anwendung des Artikels 66 des Vertrages erforderlichen Auskünfte ersuchen :

1. über den Erwerb des Eigentums oder Nutzungsrechts an Grundstücken, industriellen Einrichtungen oder Konzessionen eines Unternehmens, sofern diese Grundstücke, industriellen Einrichtungen oder Konzessionen vor dem Erwerb dem Betriebe dieses Unternehmens dienten;

2. über den Erwerb von Rechten an einem Unternehmen, auf Grund deren bei Beschlußfassungen der Aktionäre oder sonstigen Gesellschafter dieses Unternehmens Stimmrechte ausgeübt werden können;
3. über den Erwerb der Befugnis, Rechte der in Ziffer 2 bezeichneten Art, die anderen gehören, im eigenen oder fremden Namen geltend zu machen;
4. über den Erwerb der Befugnis, auf Grund eines Vertrages darüber zu bestimmen, wie der Gewinn eines Unternehmens gebildet oder verwendet wird;
5. über den Erwerb der Befugnis, allein oder zusammen mit anderen Personen, entweder als Inhaber, Nutzungsberechtigter, Verwalter oder Mitglied der Geschäftsführung, an der Führung eines Unternehmens mitzuwirken;
6. über die Bestellung als Mitglied des Aufsichtsrats eines Unternehmens.

2) Die Auskunfspflichtigen haben der Hohen Behörde auf Verlangen auch den Namen und den Wohnort des wahren Berechtigten mitzuteilen, falls sie befugt sind,

- Rechte der in Absatz 1 bezeichneten Art als Treuhänder Dritter geltend zu machen, oder
- Rechte der in Absatz 1 bezeichneten Art, die Dritten gehören, im eigenen oder im fremden Namen geltend zu machen.

Art 8

Die Verordnung tritt innnerhalb der Gemeinschaft am 1. Juni 1954 in Kraft.

Die vorstehende Entscheidung wurde von der Hohen Behörde in der Sitzung vom 6. Mai 1954 beraten und beschlossen.

Lebenslauf

Am 11. Februar 1939 wurde ich als zweiter Sohn des heutigen Oberlandeskirchenrats Dr. jur. Hans Lübbing und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Kieserling, in Hannover geboren. Meine Mutter starb kurz nach meiner Geburt. 1941 heiratete mein Vater erneut, aus dieser Ehe stammen zwei weitere Geschwister. Im Herbst 1945 wurde ich in die Volksschule in Nette bei Hildesheim eingeschult, wohin meine Mutter mit uns Kindern während der Kriegsjahre ausgewichen war. Nachdem wir im Jahre 1947 wieder nach Hannover zurückgekehrt waren, besuchte ich dort noch zwei weitere Volksschulen, bis ich Ostern 1949 nach erfolgreicher Aufnahmeprüfung auf dem humanistischen Ratsgymnasium in Hannover aufgenommen wurde. Diese Schule besuchte ich bis zur Reifeprüfung im Jahre 1959.

Im Sommersemester 1959 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft und zwar zunächst für drei Semester in Tübingen. Im Wintersemester 1960/61 wechselte ich nach Hamburg und schließlich im Sommersemester 1961 nach Göttingen, wo ich bis zum ersten Staatsexamen blieb. Das erste juristische Staatsexamen bestand ich am 29. Juni 1963 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg (Oldb.) mit der Note "befriedigend". Am 9. August 1963 wurde ich von dem Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle zum Referendar ernannt und befinde mich zur Zeit zur Ausbildung in der Verwaltungsstation bei dem Regierungspräsidenten in Hannover.